

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-069-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

Apresentação

O I Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), dos dias 23 de junho à 1 de julho de 2020, proporcionou o intercâmbio de conhecimento científico entre os pesquisadores e as instituições de pesquisas na seara jurídica acerca de temas relacionados ao direito de família.

Considerado como um dos mais relevantes eventos de cunho científico na área jurídica, o Conpedi é responsável por viabilizar a discussão, em elevado nível de profundidade, de questões controvertidas e originais que permeiam o ambiente acadêmico e o meio jurídico, além de possibilitar a integração e a divulgação das linhas de pesquisa e dos trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado.

O grupo de trabalho direito de família e das sucessões linha II, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, contou com a participação de dedicados e experientes pesquisadores, os quais levantaram inúmeras indagações acerca de temáticas ainda pouco exploradas.

A respeito disso, Susan Naiany Diniz Guedes e Tereza Cristina Monteiro Mafra, apresentaram o trabalho intitulado como: “União poliafetivas: uma análise do provimento do conselho nacional de justiça à luz dos direitos fundamentais.” O artigo teve como escopo analisar o desenvolvimento da família ao longo dos anos, a fim de verificar se a interpretação contemporânea do instituto abrangeria as uniões poliafetivas e se haveria a necessidade de uma regulamentação jurídica de tais uniões. Essa modalidade de relacionamento é uma realidade social e a ausência de proteção legal pode gerar diversos problemas. Pretendeu-se demonstrar, mediante a metodologia dogmática, os impactos e a eficácia da decisão do Conselho Nacional de Justiça que proibiu os Cartórios de Notas de lavrarem escrituras públicas de uniões poliafetivas à luz dos direitos fundamentais.

Em “O abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental”, artigo desenvolvido pelos autores Fábria De Oliveira Rodrigues Maruco e Lino Rampazzo, foi levantada a análise pormenorizada do tema abandono digital, fenômeno recente no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo ressalta a importância das medidas de

proteção elencadas nos dispositivos legais e, em especial a Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente além de decisões mais recentes dos Tribunais para a concretização da proteção.

Já as autoras Alessandra Castro Diniz Portela e Gisele Albuquerque Morais, abordaram a temática da prisão civil por débito alimentar, questionando se ela seria um instrumento realmente eficaz. As autoras analisaram ainda a eficácia da prisão civil por débito alimentar, em um estudo comparado, verificando que outros países preveem fundos para o pagamento do débito alimentar e outras políticas públicas para conscientização da população. Assim, concluíram que o cenário brasileiro clama por inovação política e legislativa a fim de conscientização da população e melhor alcance da finalidade dos alimentos.

Posteriormente os autores Miryã Bregonci da Cunha Braz e Augusto Passamani Bufulin apresentaram o artigo: “Aspectos jurídicos sobre a controvertida multa nas ações tardias de inventário.” Demonstraram que segundo as legislações estaduais, o requerimento do inventário após o prazo estabelecido por lei enseja multa aplicável sobre o imposto de transmissão. Entretanto, é possível notar no nosso ordenamento jurídico diversos prazos para a abertura do inventário, inclusive no Código Civil e no de Processo Civil. Examinaram também as disposições legais acerca da abertura do inventário, bem como analisaram se há prazo mínimo a ser observado para que os estados-federativos passem a exigir multa pelo requerimento tardio de inventário.

Na ordem de apresentação, Raphael Rego Borges Ribeiro apresentou o artigo: “O fenômeno de "despatrimonialização e repersonalização" da sucessão testamentária e o testamento ético.” Nesta pesquisa, investigou-se o fenômeno de despatrimonialização e repersonalização da sucessão testamentária. À luz da metodologia civil-constitucional, o autor observou que o testamento deve necessariamente passar por um processo de “filtragem constitucional”, que se manifesta de dois modos: na funcionalização das disposições testamentárias patrimoniais à promoção de interesses existenciais; e na abertura da sucessão testamentária para as cláusulas extrapatrimoniais. Compreendeu-se que ainda há muito a avançar, em âmbito doutrinário e legislativo, no tratamento da matéria. Por fim, o autor concluiu que o testamento ético é um instrumento compatível com o nosso ordenamento e que potencialmente traz interesses existenciais para o centro da sucessão testamentária.

Em seguida, Rodrigo Feracine Alvares, Olavo Figueiredo Cardoso Junior , Francisco José Turra, apresentaram o artigo: “Liquidação de quotas sociais de sociedade simples por morte de sócio: é necessário o inventário e a partilha das quotas ou basta a alteração do contrato social?” O trabalho visou demonstrar a necessidade de proceder ao inventário e à partilha

das quotas do sócio falecido de sociedade simples, não bastando a mera alteração do contrato social. Com isso, pretendeu-se contribuir com o avanço doutrinário, jurisprudencial e prático do tema em comento, de modo a esparcar eventuais dúvidas ainda existentes.

Em, “A guarda compartilhada sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”, de autoria de Fernanda Heloisa Macedo Soares, buscou-se estudar a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro sob ótica do melhor interesse da criança. O objetivo geral da autora foi aprofundar conhecimento acerca da eficácia da guarda compartilhada no que diz respeito aos cuidados que se deve ter com a criança. O trabalho trouxe na sua redação, capítulos que tratam dos sujeitos de direito, relação entre poder familiar, guarda compartilhada e o melhor interesse da criança. Nos resultados obtidos, deixou claro que ao ser aplicada a guarda compartilhada prima-se pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Em seguida, os autores Artenira da Silva e Silva e João Simões Teixeira apresentaram o artigo, “As uniões poliafetivas e a adoção no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise dos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente.” A pesquisa abordou primeiramente, a evolução do conceito de família no âmbito do ordenamento jurídico pátrio e em seguida, analisou a caracterização e a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas. A possibilidade jurídica de que tais famílias recorram aos métodos adotivos, considerando-se os princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, os quais conduzem à aceitação de múltiplas formas de família, incluindo a poliafetiva, com a garantia de todos os direitos inerentes à formação de um agrupamento familiar.

Já em, “Era uma vez um contrato de coparentalidade...”, os autores Laira Carone Rachid Domith e Brenner Duque Belozi trataram acerca da interseção entre o Direito Contratual e o Direito de Família, que evidenciou a possibilidade de coexistência ou não de conjugalidade e parentalidade/coparentalidade numa família, discute a eficácia dos contratos de coparentalidade. Os autores concluíram sobre a produção de seus efeitos jurídicos quando, apesar do pactuado, a conjugalidade for apurada entre as partes. Adentraram, portanto, no âmbito do Princípio da Afetividade enquanto norteador do Direito de Família na atualidade.

Seguindo a ordem, Dyhelle Christina Campos Mendes apresentou o trabalho “A utilização da mediação na busca pela guarda compartilhada: uma análise de sua contribuição em prol do melhor interesse dos filhos e na prática da justiça consensual”, cuja pesquisa debruçou-se na mediação de meio alternativo de resolução de conflitos pautado na busca pela redução de litígios impostos ao Poder Judiciário, enquadrando-se como justiça consensual. Assim, a

autora buscou o restabelecimento do diálogo, o protagonismo das partes, bem como a manutenção das relações interpessoais, tornando-se de suma relevância no direito das famílias.

Em, “A família como prática democrática: um diálogo com o pensamento de Karl Popper”, Aldy Mello de Araújo Filho, analisou a dimensão evolutiva do sentido de família ao longo da história, à luz das premissas interpretativas dos conceitos de sociedade fechada e aberta, elaborados por Karl Popper. Foi abordado os diplomas legislativos que precederam a transição democrática da família operada pela Constituição Federal brasileira de 1988. Investigam-se os desafios que o reconhecimento de novas configurações familiares impõe à democratização da família no cenário nacional.

Por fim, a última apresentação foi do trabalho desenvolvido por Denis Carvalho. O autor realizou a pesquisa demonstrando a evolução histórica dos direitos dos indivíduos, focando nas garantias legais direcionadas as crianças começando pelo âmbito internacional até chegar enfim no âmbito nacional, demonstrando as garantias de proteção desses indivíduos vulneráveis. Porém, por meio dos meios legais de proteção das crianças, surge a hipótese de revogação de lei de alienação parental, a qual foi criada para garantir maiores proteções contra aqueles que deviam justamente protegê-las de todo o mal. Mas afinal, revogando referida lei, não seria um retrocesso na legislação?

A partir da seleção dos mais qualificados trabalhos acima elencados, o referido congresso científico demonstrou, assim, a preocupação com as mazelas que acometem o direito de família o espaço ao qual os núcleos familiares então inseridos, especialmente ao que diz respeito a evolução dos fenômenos sociais e do direito, para que se consolide a efetiva proteção, respeito e proteção dos direitos fundamentais e de personalidade.

Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR/PR e UEM/PR)

Dr. José Sebastião de Oliveira (UNICESUMAR/PR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito de Família e das Sucessões II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito de Família e Sucessão. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA BUSCA PELA GUARDA
COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE DE SUA CONTRIBUIÇÃO EM PROL DO
MELHOR INTERESSE DOS FILHOS E NA PRÁTICA DA JUSTIÇA CONSENSUAL**

**THE USE OF MEDIATION IN THE SEARCH FOR SHARED GUARD: AN
ANALYSIS OF ITS CONTRIBUTION IN FAVOR OF THE BEST INTERESTS OF
CHILDREN AND IN THE PRACTICE OF CONSENSUAL JUSTICE**

Dyhelle Christina Campos Mendes

Resumo

A mediação trata-se de meio alternativo de resolução de conflitos pautado na busca pela redução de litígios impostos ao Poder Judiciário, enquadrando-se como justiça consensual. Assim, visa buscar o restabelecimento do diálogo, protagonismo das partes, bem como a manutenção das relações interpessoais, tornando-se de suma relevância no direito das famílias. Com isso, o presente trabalho propõe-se analisar a utilização dessa mediação diante dos dissensos relacionados a questão da guarda compartilhada na busca pelo melhor interesse aos filhos.

Palavras-chave: Mediação, Guarda compartilhada, Direito das famílias, Melhor interesse aos filhos, Justiça consensual

Abstract/Resumen/Résumé

Mediation is an alternative means of conflict resolution based on the search for the reduction of disputes imposed on the Judiciary, framing itself as consensual justice. Thus, it aims to seek the reestablishment of dialogue, protagonism of the parties, as well as the maintenance of interpersonal relationships, becoming of paramount importance in family law. With this, the present work proposes to analyze the use of this mediation in the face of dissent related to the issue of shared custody in the search for the best interest of the children.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Shared custody, Family law, The best interest to the children, Consensual justice

INTRODUÇÃO

Durante a história da humanidade, surgiram diversas formas pelas quais o homem utilizou para resolver os seus conflitos que são inerentes a sua própria natureza. E, dentre elas, surge o Estado, através do Poder Judiciário, a fim de dirimir as demandas impostas, sempre respeitando os princípios e garantias positivados no ordenamento jurídico, como o acesso à justiça.

Diante disso, convive-se com uma cultura litigante, em que perante o número de processos surgidos, fica notória a ineficiência do Judiciário em tentar resolvê-los, visto que existe uma discrepância entre o número de demandas e juízes.

Pensando nisso, nos últimos anos, vem-se incentivando práticas alternativas de resolução de conflitos, com o intuito de contribuir com essas questões, sendo o exemplo mais nítido, a Resolução 125/2010 do CNJ, a qual faz menção à conciliação e à mediação, por exemplo.

Na temática do acesso à justiça, deve-se respeitar a pluralidade, em que, percebe-se a existência de outras opções para ter a resolução da lide, de forma mais eficiente e célere.

Nesse viés, foca-se na mediação, como forma de contribuição na solução dos conflitos que se pauta no reestabelecimento da comunicação. O mediador, nesse sentido, serve como terceiro imparcial, respeitando todos os direitos já positivados, e proporcionando um ambiente equilibrado para que os sujeitos dialoguem.

Na mediação, o objetivo prescinde o acordo, consistindo na manutenção das relações interpessoais anteriores ao dissenso. Esse meio autocompositivo, como se verá, é incentivado, sobretudo, diante de vínculos afetivos, familiares.

Nessa seara, os vínculos familiares, acima de qualquer parecer, deve-se buscar mantê-los, pois, uma decisão para aquela lide, poderá ser insatisfatória, pensando-se no ambiente familiar, em razão de aquelas pessoas precisarem conviver posteriormente, podendo esse descontentamento gerar outras demandas, o que só contribuiria para o aumento de processos.

Dentro desse cenário, percebe-se que muitas vezes a justiça antagonica não é eficaz, pois existem motivos obscuros por trás da lide, e na mediação o que se deseja é fazer com que haja o protagonismo das partes no intuito de resolver suas questões.

Dentre os diversos assuntos elencados aos vínculos familiares, está a questão da guarda dos filhos, em que o reestabelecimento do diálogo torna-se crucial.

Partindo-se dessa premissa, o presente trabalho orientar-se-á na seguinte problemática: como a mediação poderá contribuir para que os pais optem pela guarda compartilhada ao pensar no melhor interesse dos filhos? Como a mediação pode favorecer e auxiliar na busca pela justiça consensual, no âmbito do direito de família?

Utilizou-se da metodologia da pesquisa bibliográfica, tendo como referencial a doutrina, a legislação, documentos pertinentes ao tema proposto.

Com isso, têm-se como objetivos primordiais responder às questões relacionadas ao tema, tais como: de que maneira a mediação poderá contribuir na eficiência do Poder Judiciário; na implantação/incentivo de práticas restaurativas em prol da justiça consensual; na manutenção das relações interpessoais diante da questão da guarda compartilhada; e a importância da mediação na guarda compartilhada, perante o melhor interesse dos filhos.

1 DO ACESSO À JUSTIÇA

Sabe-se que os conflitos são inerentes à natureza humana, desde os primórdios da vida em sociedade. Na busca da pacificação social, o Estado foi criado com o papel essencial de minar conjunturas beligerantes e permitir a convivência harmônica entre os homens. Diante disso, no decorrer da história, a busca pela resolução de conflitos deu-se de formas diversas, as quais vão desde a autotutela à hegemonia da jurisdição.

O meio mais remoto de resolução de conflitos utilizado pela humanidade foi a autotutela (autodefesa). Consiste na busca pela dissolução de conflitos através do uso das próprias forças. Nesse sentido, é a acepção atribuída por Didier Júnior (2015), na qual esta se consubstancia pela imposição da vontade de uma das partes, com o sacrifício do interesse da parte adversa. Constituindo-se, destarte, como solução egoísta e parcial do litígio, sendo o "juiz da causa" uma das partes. Outrossim, Cintra et al (2014, p. 27) analisa precisamente a finalidade da autotutela:

Tendo sido a primeira resposta encontrada pelo indivíduo para resolver suas controvérsias, a autotutela era considerada um instrumento precário e aleatório; por este prisma, ela não seria apta a garantir propriamente justiça, mas sim a vitória do mais forte, esperto ou ousado sobre o mais fraco ou tímido.

Diante dessas noções conceituais, resta patente a problemática do mecanismo em comento. A finalidade de dissolução de conflitos é alcançada, porém, a preço assaz elevado, tendo em vista que a justiça, no caso concreto, é preterida, perpetuando o êxito dos mais fortes em face daqueles que se encontram em desvantagem.

Como cediço, a autotutela é vedada, em regra, pelo sistema jurídico de países civilizados. É ato tido como crime, a depender do caso, configura em exercício arbitrário das próprias razões (tratando-se de um particular) ou abuso de poder (tratando-se do Estado). Não obstante, ainda encontra sobrevida no ordenamento, como instrumento de resolução de conflitos.

Constituem-se como exemplos de autotutela admitidos pelo ordenamento: a legítima defesa, o direito de retenção, o estado de necessidade, o desforço imediato do possuidor, quando há violência à sua posse, o estado de necessidade etc.

A autocomposição, outra forma de resolução de conflitos, configura-se pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, na íntegra ou em parte, em favor do interesse de outrem. É a solução altruísta do litígio. Desse modo, avança-se no sentido de acabar com a máxima da exclusividade estatal para a resolução dos conflitos de interesse (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Nesse diapasão, o instrumento em comento não é somente um meio econômico de resolução de conflitos. Trata-se de um mecanismo de promoção da cidadania, em que os sujeitos passam a ter protagonismo na formação da decisão jurídica. É delineado, nesse sentido, um enfoque voltado para a participação democrática nos litígios.

Acresce que o Novo Código de Processo Civil (NCPC), na seara de suas normas fundamentais, fomenta as formas alternativas de resolução de conflitos. Determina, de acordo com o teor do seu art. 3º, § 3º, que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público se apliquem, inclusive no curso do processo, na tentativa de solução consensual do conflito.

Operacionaliza-se, ademais, por meio de três modalidades, quais sejam, desistência, submissão e transação, conforme assevera Cintra et al. (2014). Assim, o que orienta a solução da contenda não é o exercício da força, como se dá na autotutela, mas a vontade das partes, fator que se coaduna, indubitavelmente, com o Estado Democrático de Direito hodierno.

Nesse contexto, importa realçar os institutos da mediação e da conciliação, como forma de solução de contendas pela qual um terceiro intervém em um processo negocial, com função de auxiliar as partes a chegar a autocomposição (DIDIER JÚNIOR, 2015).

A autocomposição, nesse sentido, pode se materializar após a manifestação dos interessados, com ou sem a participação de terceiros – conciliadores ou mediadores - que dão esteio a esse processo.

A mediação diz respeito a um mecanismo de resolução de conflitos que objetiva facilitar o diálogo entre as partes, para que consigam dissolver o conflito de modo consensual. O mediador, assim compreendido, como um terceiro imparcial e sem poder de decisão, por meio de técnicas de negociação, fomenta e auxilia os envolvidos a alcançar, por si próprios, uma solução pacífica e condizente com a problemática por eles enfrentada (DIDIER JÚNIOR, 2015).

A conciliação, por sua vez, conforme analisa Theodoro Júnior (2015), busca a autocomposição entre as partes, de modo a permitir uma participação mais efetiva do conciliador, que pode inclusive apresentar proposições e oferecer soluções.

Como supramencionado, pelo instituto da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. É, por isso, mais indicado para os casos em que haja uma relação antecedente e definitiva entre os interessados, a exemplo das questões envolvendo conflitos societários e familiares. A técnica da conciliação, por outro lado, diante da participação mais ativa e contundente do conciliador, é mais indicada para os casos em não haja qualquer vínculo anterior entre os interessados.

A mediação e a conciliação podem ser deflagradas extrajudicial ou judicialmente, quando houver processo jurisdicional em curso. Neste último caso, o novo diploma processual conferiu aos mediadores e conciliadores a condição de auxiliares da Justiça, disciplinando de forma detalhada, suas atividades (arts. 165 a 175).

A heterocomposição, na via oposta aos conceitos ora abordados, conforme define Tartuce (2018), versa acerca de um “meio de soluções de conflitos em que um terceiro imparcial define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores”, ou seja, consiste no auxílio de um terceiro externo ao conflito, que determina vontade das partes, para a devida resolução. Figuram como exemplos de heterocomposição, a arbitragem e a jurisdição.

Tratando-se a respeito da jurisdição, Didier Júnior (2015, p. 154) aduz com maestria, a respeito de suas noções conceituais:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Refere-se, desta forma, a interferência estatal na busca da solução das controvérsias. Através do Poder Judiciário, as partes pleiteiam demandas, ao acionar o seu direito constitucional de acesso à Justiça (direito fundamental), para que tenham seus conflitos decididos através de uma sentença homologada pelo juiz, devendo o Estado só

intervir, quando uma ou ambas as partes requererem, obedecendo-se assim, o princípio da inércia jurisdicional.

O Estado detém o monopólio da jurisdição, sendo o viés mais utilizado ao acesso à Justiça e consiste no último em direito previsto constitucionalmente, garantido diante dos direitos fundamentais, no artigo 5º, XXXV da CF/88, positivando-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Apesar do exposto, insta destacar que o acesso ao Poder Judiciário não induz a satisfação à tutela jurisdicional pretendida, devido ao grande número de demandas impostas.

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7%, respectivamente. Mesmo tendo baixado praticamente o mesmo quantitativo ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva. (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2017, p. 65).

Com isso, fica perceptível que diante de uma cultura litigante, vivenciada no contexto brasileiro, com o grande número de demandas impostas, superior à quantidade de juízes existentes, o Poder Judiciário encontra-se com dificuldades na análise e satisfação das lides preteridas, devendo-se observar, assim, a existência de meios alternativos de resolução de controvérsias, como a mediação.

1.1 A mediação como acesso à justiça

A quantidade de demandas impostas ao Poder Judiciário, como visto, não induz a resolução imediata das lides, sendo comprometidos, pela demora, princípios essenciais ao ordenamento jurídico brasileiro, como a celeridade e dignidade da pessoa humana.

Assim, como forma de contribuir com a redução dessas demandas, primando pela busca da consensualidade, implementação de outras formas de resolução dos conflitos, que, como visto, não se restringem ao ingresso no Poder Judiciário, vêm-se incentivando a visão multifacetada de acesso à justiça, como bem preceitua Tartuce (2018, p. 84), senão vejamos:

A busca de soluções há de ser multifacetada; variadas mudanças haviam- e não- de ser concebidas, especialmente considerando, além de modificações procedimentais na gestão de conflitos em juízo, a participação de leigos e meios variados de tratamento de controvérsias.

Ou seja, existem diversas formas de composição da lide. Indubitavelmente, o acesso à justiça não se dá tão somente pela via judiciária. O que se deve buscar, desse

modo, é alargar o leque de opções, quando da resolução de conflitos, facilitando a vida dos sujeitos de direitos.

Mauro Cappelletti (1993, p. 329 apud TARTUCE, 2018, p. 83), a respeito disso, menciona que “a solução eficaz para a questão do acesso à justiça há de ser plural, resultando da combinação de várias soluções integráveis entre si”.

A mediação, nesse viés, se torna uma forma de resolução de conflitos importante, a qual, além de ser pautada em princípios como a celeridade, a boa-fé e a isonomia entre as partes, permite que as relações interpessoais sejam preservadas, pautando-se na empatia e na busca pela alteridade.

Tartuce (2018, p. 366) alude que o objetivo da mediação não é a “substituição da atuação jurisdicional clássica pelo exercício de tal atividade [...] [mas sim], complementar a atividade de realização e distribuição de justiça com o fornecimento de uma adicional ferramenta de trabalho”. Isto é, proporciona-se um meio mais célere de composição no intuito da pacificação social, além da preservação de direitos, exercendo ambas as partes, o protagonismo em suas próprias vidas, pois, em muitas situações o diálogo sanaria as pretensões resistidas. Nesse sentido, alerta Tartuce (2018, p. 367):

Será essencial haver mudança de mentalidade a abertura para novas possibilidades, para que as pessoas em conflito e os operadores do Direito estejam prontos para se orientar segundo as diretrizes da justiça consensual, atentando tanto para suas potencialidades como para os seus limites.

A busca pelos novos meios alternativos surge, nessa seara, como forma de incentivo à mudança de mentalidade, pois, viu-se a ineficiência do Judiciário frente à quantidade de demandas impostas. Diante disso, destaca-se o papel da mediação como alternativa na busca pela garantia do direito ao acesso à justiça, a qual garante demais direitos e princípios, como a própria dignidade humana.

O Poder Judiciário não consegue resolver as demandas impostas de forma célere e eficiente, fato que culmina na mitigação da justiça no âmbito prático. Por essa razão, os incentivos aos meios consensuais justificam-se, do ponto de vista da complementaridade.

A respeito da consensualidade, inclusive, encontra-se positivado no art. 2º, VI da Lei de Mediação, não estando explícito no Código de Processo Civil. Tartuce (2018) afirma ser princípio intrínseco ao próprio meio autocompositivo, em virtude de o objetivo ser o diálogo entre as partes sobre o conflito propulsor da lide.

O consenso é crucial para que haja o restabelecimento da comunicação, pois as partes devem conversar sobre o conflito apresentado, e, com isso, proporcionar formas para que ocorra a colaboração, cooperação entre os envolvidos. A respeito disso, destaca-

se que a falta desse princípio, contribui ainda mais com a demora na resolução dos dissensos, dentre os quais, existem aqueles que poderiam ser dissolvidos somente partindo-se do diálogo.

O sucesso da mediação, é importante deixar claro, não se resume ao estabelecimento de acordo ou não. O objetivo dela, inclusive diante da busca pelo consenso, trata-se da promoção das conversações, retomada do diálogo, sendo que o acordo seria somente a consequência, o que não serve como parâmetro para mensurar a qualidade ou não do presente meio consensual. Senão vejamos (AZEVEDO, 2015, p. 1, apud TARTUCE, 2018, p. 222):

[...] a definição de qualidade em mediação consiste no conjunto de características necessárias para o processo autocompositivo que irá, dentro de condições éticas, atender e possivelmente até exceder as expectativas e necessidade do usuário. Pode-se, portanto, considerar “bem sucedida” a mediação quando o “sucesso” está diretamente relacionado à satisfação da parte.

Percebe-se, então, que se deve valorar o simples reinício dos diálogos. Além do mais, Tartuce (2018, p. 222) se reporta sobre o sucesso da mediação, mesmo sem o acordo, ao trazer exemplos como o caso do divórcio em que “a esposa percebe que precisa buscar mais informações para se habilitar a negociar ainda que em outro momento”, o que é nítido que, pelo menos, serviu como ponto de partida, para se começar a resolver a situação.

2 DAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A respeito do direito de família, ou *direito das famílias*, sendo a última, a terminologia mais adotada na atualidade, Tartuce (2018, p. 351), acerca da temática, menciona que “[...] pode ser considerado o mais humano dos ramos jurídicos”. Dias (2015), ademais, aduz que os vínculos afetivos são intrínsecos aos seres vivos os quais buscam companhia com medo da solidão, e para que haja a perpetuação da espécie.

Tais afirmações estão corretas, tendo em vista fazerem menção a seres humanos, e, por conseguinte, a sentimentos e afetividade, os quais podem gerar conflitos, ou mesmo, já na presença deles, dificultar na sua resolução. Sem dúvida, as paixões humanas, muitas vezes, criam óbices ao trato de suas contendas.

Assim, o direito das famílias, personalíssimo, por se tratar de relações que envolvem afetividade humana, chegar ao consenso, torna-se tarefa das mais árduas. Os conflitos podem ser os mais variados possíveis, como questões relacionadas ao divórcio, guarda de filhos e etc.

Por conta disso, a busca pelo diálogo, pela interação entre os indivíduos, torna-se essencial, como, por exemplo, em situações de divórcio, em que há a questão da guarda dos filhos. Ou seja, é preciso primar pela manutenção da comunicação, pois, somente decorreu a dissolução da relação conjugal. No entanto, sempre haverá um vínculo pela prole.

Tartuce (2018, p. 351) inclusive, salienta acerca da valorização dos atos negociais pelo sistema jurídico, exemplificando com o divórcio, o qual diante do consenso, “[...] permite a celebração de escrituras públicas de divórcio e inventário que envolvam pessoas maiores e capazes representadas por advogados (as)”.

Ante o exposto, a mediação pode contribuir para que “[...] o relacionamento findo de um casal o seja de forma pacífica, colaborando nas tratativas para sua conclusão de forma mais equilibrada e equânime para os envolvidos no conflito” (BARRETO NETO, 2014, p. 109).

Percebe-se, então, a importância de fazer com que as próprias partes cheguem à resolução das suas lides, dos seus conflitos familiares, independentemente de haver envolvimento de terceiro imparcial, opinando em assuntos dos quais já poderiam ter sido resolvidos através da comunicação. Desse modo, para Tartuce (2018, p. 353) “No direito de família, o aspecto continuativo da relação jurídica recomenda que haja uma eficiente e respeitável comunicação entre os indivíduos, despontando a mediação como importante instrumento para viabilizá-la”.

Desse modo, resta clara a importância do diálogo frente à composição, principalmente na seara familiar. Dias (2015, p. 32, grifo nosso) ainda tece comentários sobre “[...] a possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer **extrajudicialmente** subtraíu do judiciário o monopólio de acabar com a sociedade conjugal”. Destaca ainda (2015, p. 32):

Ao mesmo tempo permite que as consequências da separação repercutam da maneira menos traumática possível para todos. Desse modo são encarados os conflitos decorrentes de todos os demais laços de parentesco, primando por formas mais criativas de resolução de conflitos. Assim é que questões entre irmãos, primos, tios, sobrinhos podem ser muito bem solucionadas ou ao menos transformadas quando são levadas à mediação, pois proporcionam aos que dela se valem soluções inovadoras e criativas, ao mesmo tempo em que se resgatam os laços de harmonia nelas existentes.

Com maior autonomia conferida às partes, estar-se-á retirando do Judiciário o papel exclusivo de resolver as demandas, estabelecer os acordos pretendidos. É preciso ter em mente que os conflitos sempre existiram e continuarão a surgir, mas as pessoas

precisam ter a capacidade de si autodeterminarem diante deles, resolvendo-os de forma cooperativa, entre si.

Nessa questão relacionada ao divórcio, depreende-se que no seio familiar, um problema tem consequência em outras esferas, como, além do conflito perpassado pelos ex-cônjuges, pode haver a existência de filhos. Além disso, deve-se ter noção de que qualquer atitude inconsequente poderá atingi-los. Logo, é preciso tentar um consenso, e, nesse viés, a mediação apresenta-se como uma alternativa essencial, pois, (TARTUCE, 2018, p. 353):

Caso haja filhos, a ligação entre os cônjuges será eterna. Afinal, ainda que rompido o elo conjugal, remanesce o vínculo paterno-filial. A criança não se divorcia de seus pais... e como criança tem direito à convivência familiar em um espectro abrangente (incluindo os dois ramos da família), é necessário que haja uma eficiente e respeitosa comunicação entre os seus responsáveis, sejam eles pais, avós, tios ou parentes de outra ordem.

Justamente por isso, a mediação é o meio alternativo mais adequado, permitindo que através de um facilitador (o mediador), as próprias partes resolvam os seus problemas, não havendo a interferência direta do mediador no acordo, mas somente em proporcionar um ambiente controlado para a conversação. Nessa perspectiva é o comentário, em realce (FREITAS JUNIOR, 2016, p. 208, grifo nosso), que se segue:

[...] a alta valorização da capacidade de **autodeterminação do indivíduo pela mediação demonstra se tratar de instituto adequado à solução de conflitos de tal natureza, dando maior segurança e proteção à pessoa humana**. Com efeito, se no passado as relações familiares giravam ao entorno da relação de poder entre o pai de família e seus filhos e dependentes, atualmente há maior relevância do afeto. Desta forma, os conflitos familiares acabam por ser permeados de sentimentos e emoções muito pessoais, demandando maior sensibilidade para sua correta compreensão, de modo que a mediação consiste em valioso instrumento a seu favor, inclusive para prevenção de conflitos.

Por conta do exposto, outro aspecto a ser considerado consiste em que, por envolver sentimentos, existem situações em que a perpetuação do conflito ocorre não pela parte querer adquirir algo concreto com aquela demanda, mas sim, motivado por sentimentos como o ódio, a vingança, preferindo postergar a resolução da lide e demonstrando insatisfação, com o intuito de prejudicar a outra parte, fato que proporciona um cenário de instabilidade.

No plano familiar, Tartuce (2018, p. 358) apresenta o meio consensual com uma finalidade de relevo:

Em demandas familiares, a via consensual, por um lado, pode se apresentar como o meio adequado para que a família se reorganize, já que a solução construída pelos envolvidos é preferível à imposição de um terceiro. Por outro lado, há situações críticas em que o uso da via consensual se revela inadequado.

No que tange a relativização do uso dos meios consensuais, cita-se o exemplo da ação de divórcio mediante violência doméstica, devendo-se respeitar a autonomia das

partes. Para que a mediação tenha sucesso, é preciso que ambas as partes desejem ser atores, protagonistas da própria história, na utilização de meios facilitadores ao diálogo.

Por fim, uma observação faz-se necessária, tendo em vista que resta claro o porquê da mediação no direito das famílias, ao invés da conciliação, visto que o último é mais propício às relações passageiras, temporais, em que se deseja o acordo estabelecido por terceiro, e o vínculo ocasionado pelo conflito, com a sua cessação, também deixará de existir.

3 A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO DIANTE DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

A lei da guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico através da Lei nº 11.698/2008, a qual alterou os artigos 1583 e 1584 do CC. Em 2014, houve a edição da nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/2014), a qual também fez modificações no Código Civil, passando a coexistir ambas as leis acerca do instituto. Nesse sentido, é o texto que segue (SOLDÁ; OLTRAMARI, 2012, p. 78 apud ROSA, 2015, p. 63):

A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos. Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais.

Esse tipo de guarda remete à tentativa de atribuição da responsabilidade de forma equânime entre os pais, a fim de proporcionar um ambiente mais estável aos filhos, demonstrando que mesmo diante de uma situação conflituosa como é o divórcio, ainda haverá a manutenção da família. Porém, de uma forma diferente da anteriormente constituída.

Diante disso, fica notória a relevância da guarda compartilhada frente à busca pelo melhor interesse da criança e adolescente, como bem discorre Rosa (2015, p. 64):

A guarda compartilhada traz uma nova concepção para a vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa, o que significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano deles.

Isto é, esse tipo de guarda surgiu com o objetivo de tratar da melhor maneira a situação dos filhos num ambiente conflituoso da dissolução conjugal, colocando o interesse da prole acima dos sentimentos dos ex- cônjuges/companheiros.

Ademais, trouxe a ideia de protagonismo dos pais na vida dos filhos, não deixando que o poder familiar, decisório, ficasse somente nas mãos de um dos

progenitores, enquanto o outro ficaria somente com o dever econômico, em que pese à questão das pensões alimentícias.

Importante salientar que apesar do exposto, enfatiza-se a relevância da contribuição econômica na vida dos filhos. Contudo, a existência tão somente deste elemento torna-se inconsistente, sendo também necessário o afeto. Nesse sentido é a disposição a seguir (SOLDÁ; OLTRAMARI, 2012, p. 76 apud ROSA, 2015, p. 65):

São evidentes as vantagens oriundas da guarda conjunta, já que prioriza o melhor interesse dos filhos, o poder familiar e a diferenciação das funções dos guardiões, não ficando um dos pais como mero coadjuvante na criação do filho, ao contribuir apenas com alimentos e tendo como “recompensa” o direito à visitação.

No intuito da manutenção do vínculo afetivo, é fundamental que os pais tenham uma periodicidade maior com os filhos, assumindo suas responsabilidades inerentes à condição como ex- casais, Almeida (2012, p. 468 apud ROSA, 2015, p. 49) destaca:

O que se propõe na guarda compartilhada é manter uma convivência entre os pais e filhos muito mais frequente e contributiva. Isso pode ocorrer por iniciativas corriqueiras, como acompanhá-lo até a escola e os auxiliar na resolução das respectivas tarefas, participar dos eventos escolares e das reuniões pedagógicas, levá-los à natação, ao futebol, ao curso de línguas etc. Relevante é que os pais se façam presentes na vida dos filhos, interagindo com eles e ensinando-lhes por suas atitudes, como se deve, ou não, instituir a própria identidade.

A respeito dos pontos favoráveis elencados da guarda compartilhada, Rosa (2015) menciona que a criança pode se adaptar as novas rotinas, sem transtornos, comparando com a mudança de escola. Nessa seara, o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990), preconiza que “As ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse do melhor”.

Assim, fica patente a preocupação, inclusive no âmbito internacional, acerca do interesse das crianças e adolescentes e sua qualidade de vida. Sobre o artigo 1.585 do CC, o qual menciona sobre a oitiva das partes, Ana Maria Milano Silva (2014, p. 54 apud ROSA, 2015, p. 53) traz importantes apontamentos no que tange à oitiva dos filhos:

Um aspecto a ser referido é no tocante à oitiva dos filhos para a atribuição da guarda. A Convenção dos Direitos da Criança da ONU, em seu art. 12, ressalta o direito das crianças e adolescentes de expressarem sua opinião e de serem ouvidos nos temas de seu próprio interesse. Essa tendência já encontra respaldo na prática de alguns juízes de direito de família. Porém, é importante rebater: ouvir, sim; mas exigir que os filhos escolham, nunca.

Nesse diapasão, o que se almeja não é colocar os filhos contra os pais, mas, que através do diálogo, os juízes e demais profissionais auxiliares, possam compreender a

visão dos menores, diante do ambiente conflituoso do divórcio, com o propósito de que a melhor decisão seja tomada.

Com tal embasamento, traz-se à baila a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, na qual adota “[...] postura de não mais considerar a criança um objeto de proteção, mas, inseri-la no papel de sujeito protagonista e detentor de direitos prioritários em todas as esferas jurídicas e sociais” (BASTOS, 2014, p. 81 apud ROSA, 2015, p. 75).

Prioriza-se o direito desses infantes, devendo-se dar preferência a eles, frente às casuísticas, isso não só nas questões de guarda, mas em todo o ordenamento jurídico. E, por tal exposto, resta claro que a legislação se preocupou no resguardo deles, criando uma série de direitos e deveres, para o seu devido amparo.

Assim, percebe-se que, com a mediação, permite-se a mudança de paradigmas, a qual proporciona que se chegue ao consenso, ou pelo menos, a uma possibilidade de que, de forma equilibrada e harmônica, o diálogo possa ser restabelecido e o interesse dos filhos prevaleça acima de qualquer desavença. E nesse viés, a guarda compartilhada surge como alternativa para que a prole possa lidar de forma menos onerosa, com a situação de mudança, entendendo que a relação com os progenitores em nada mudará, os quais sempre estarão presentes em suas vidas, inclusive precisando manter uma boa relação entre si, para que tomem as decisões necessárias aos filhos.

4 A MEDIAÇÃO E A JUSTIÇA CONSENSUAL NA QUESTÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Como visto, a humanidade utilizou de várias formas para resolver seus conflitos, os quais são inerentes à própria natureza humana. Como cediço, o Poder Judiciário possui legitimidade, com o objetivo de resolver os problemas apresentados a ele, buscando-se independentemente do tipo de ação, uma resposta célere e eficiente. No entanto, nem sempre isso é possível, devido a diversos fatores.

Fatores como, a quantidade de demandas impostas para o Judiciário decidir, a complexidade das situações, os motivos pelos quais o sujeito ajuizou a ação, ou mesmo, o caráter protelatório da lide etc. Tais exemplos indicam os aspectos a ser levados em consideração, nessa análise.

Dessa maneira, no caso do direito de família, pautado na autodeterminação das pessoas, seu aspecto privado, os conflitos tornam-se mais complexos, devendo-se observar nuances como a questão do afeto, sentimentalismo, emoções.

Sabe-se que nem sempre as decisões judiciais conseguem suprir todas as angústias e sentimentos envolvidos naquela demanda, podendo, por vezes, obter-se a

sentença daquela lide sem que se chegue à satisfação pretendida. Goldberg (2018, p. 74) a respeito do assunto explica que:

Por possuírem origem nas relações afetivas, dificilmente pode ser solucionados através de uma ordem impositiva. Assim, devido sua natureza psicológica e sua fundamentação no afeto, os conflitos decorrentes das relações de família tendem a retornar ao Judiciário quando não são efetivamente extintos.

Muitas vezes, as situações relacionadas ao viés familiar contêm motivos “subliminares”, alheios aos expostos na demanda, e, a simples imposição do juiz para que se cumpra algo, não se torna eficiente, ocasionando até novas ações com a mesma temática. Nesse contexto, comenta Tartuce (2018, p. 91):

Vale considerar, ainda, que fatores ocultos podem prejudicar o alcance de uma composição efetiva pela atuação de um terceiro. Ao levarem o conflito a juízo, muitas vezes as partes não deduzem expressamente toda a extensão da controvérsia, evitando mencionar certos fatos que a ensejaram. Em tais situações, o magistrado chamado a decidir acaba lidando com interesses diferentes dos efetivamente alegados pelas partes- o que tende a prejudicar sua percepção sobre a realidade e os parâmetros corretos a serem invocados para dirimir o conflito.

Diante disso, fica perceptível que o as questões familiares são complexas e que precisam ser resolvidas de maneira célere, sempre tentando o reestabelecimento da comunicação, com o intuito da manutenção do afeto.

Desta forma, surge a mediação, com a proposta de um diálogo construtivo, pautado numa justiça consensual, em que o objetivo vai além da ideia de “ganhador-perdedor”, perpassada pela justiça antagônica, contenciosa. Objetiva, indubitavelmente, proporcionar o reestabelecimento comunicativo, com o intuito de que o vínculo afetivo seja reestruturado, ficando, por conseguinte, mais fácil resolver qualquer conflito.

A respeito do assunto, Rosa (2015, p. 135) declara que:

A síndrome do perdedor-ganha dos Tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz*. Uma das provas da ineficiência do sistema contencioso é o ajuizamento de inúmeras e sucessivas (e talvez intermináveis) ações judiciais envolvendo a mesma entidade familiar, quando sua dissolução não tiver como norte os meios que verdadeiramente possam terminar com o conflito.

Ao se tratar com o direito das famílias, não se pode trabalhar somente do ponto de vista objetivo, sob a ótica do *vencedor-perdedor*, sendo o juiz estrito aplicador da lei, verificando-se a outra parte do ponto de vista adversarial, contencioso, como se vencer fosse mais importante do que a manutenção da relação afetiva.

Deve-se levar em consideração o subjetivismo. A parte vencedora, diante dessa justiça contenciosa hipotética, obteve êxito por ter fundamentado, apresentado provas pertinentes ao convencimento do juiz. Porém, isso não sinaliza que o conflito acabou, a exemplo do caso da guarda dos filhos, em que a decisão imposta pelo juiz, diante de uma

controvérsia familiar, pode ser arbitrada, mas, não é indicativo de que a comunicação para que haja o estabelecimento da harmonia familiar, importante à prole, ocorreu.

No que tange as modalidades de composição de conflitos, Juan Carlos Vezzulla (2001, p. 81 apud TARTUCE, 2018, p. 87) faz a separação entre as contenciosas e não contenciosas, sendo a primeira pautada na ideia de enfrentamento, adversarial, por exemplo; já a não contenciosa, caracteriza-se pelo protagonismo das partes, as quais cooperam, colaboram para a tomada da decisão, podendo ser a conciliação, negociação e mediação.

No caso da mediação, explica Juan Carlos Vezzulla (2001, p. 81 apud TARTUCE, 2018, p. 87) o acordo resolve o conflito e é satisfatório. Por todos esses questionamentos, a justiça consensual, como bem acrescenta Cappelletti (1994, p. 27 apud TARTUCE, 2018, p. 85):

A justiça, em tal viés, deve levar em conta a totalidade da situação em que o episódio contencioso está inserido, sendo seu objetivo curar (e não exasperar) a situação de tensão: ‘o *Kampf ums Recht* deve dar lugar ao *Kampf um die Billigkeit*, ou seja, à luta pela equidade, por uma solução justa e aceitável para todos os contendores.’

Ao pautar-se na justiça consensual, objetiva-se buscar a harmonia, o equilíbrio, por meio da tentativa de se chegar a uma solução em que ambas as partes aceitem, ou pelo menos, que a tentativa em fazer isso, de fato, possa ter proporcionado o protagonismo de ambos os sujeitos, a fim de alcançarem seus objetivos.

Nessa temática, a mediação dá importante contribuição ao direito das famílias. Quando há o pleiteio pela guarda, deve-se ter em mente que, independentemente do motivo pelo qual a ação está sendo proposta, provém de um ambiente delicado aos filhos, a comunicação entre progenitores é importante para a nova realidade apresentada a eles. Goldberg (2018, p. 2-3) sobre essa questão da justiça consensual esclarece que:

É, o judiciário tem todo um poder intimidatório, principalmente para as pessoas que não conhecem, até pela estrutura física dos tribunais. As pessoas chegam com muito receio, muito nervosas e isso instiga o embate. Então, ter um bom conciliador, um bom mediador é algo que pode facilitar para que não haja mais brigas no futuro, inclusive. O bonito da mediação também é essa interdisciplinaridade, mesclar a Psicologia com o Direito, às vezes buscando problemas na sua origem, se for o caso, pegar uma das partes, fazer uma sessão a parte com ela, descobrir o por que desse problema e depois juntar os dois. Acaba sendo algo benéfico, não só para as partes, que vão gastar menos dinheiro, menos dor de cabeça e o custo emocional de um processo longo, e também para o poder judiciário que acaba tendo menos processos e que são resolvidos de maneira alternativa.

Com isso, o Judiciário com sua estrutura, não é o melhor meio para lidar com as questões emocionais, pois, resolver o conflito vai além de uma sentença dizer o que é certo e errado. E mais, as pessoas veem o juiz com certo distanciamento, como alguém

somente responsável por aplicar a lei ao caso; e, devido à quantidade de demandas, a praticidade é necessária, o que impossibilita que as questões afetivas sejam analisadas pormenorizadamente, o que vai além da própria vontade do juiz.

No caso da guarda dos filhos, independente do regime adotado é preciso que haja comunicação entre os progenitores. No caso específico da compartilhada, cuja proposta enquadra-se em manter as decisões conjuntas, é crucial o diálogo, a tentativa pela pacificação, tendo em vista o melhor interesse da prole. Por isso, a mediação, essa forma consensual, como menciona Lília Maia de Moraes Sales (2003, p. 23 apud ROSA, 2015, p. 137) trata-se “[...] de uma forma amigável e colaborativa de solução de controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes”.

A mediação como meio consensual, contribui para a gestão dos filhos, pensando-se, acima de tudo, no melhor a eles, frente ao ambiente de instabilidade, surgindo como alternativa ao modelo de justiça contenciosa. Como bem elucida Tartuce (2018, p. 90), a seguir:

No modelo consensual, busca-se o “ganha-ganha”, de modo que os envolvidos possam alcançar uma situação mais favorável em relação aos seus interesses por intermédio de conversações e debates. É o que se verifica na mediação: o conflito pode ser visto como uma forma de crescimento individual; com a oportunidade de diálogo e a autorreflexão das partes, ambas são vencedoras.

Com a mediação, uma justiça consensual, pauta-se pela busca do diálogo, humanização das decisões, respeitando-se as particularidades apresentadas pelos mediandos, não vistos como adversários, em que acima de tudo, deseja-se o entendimento. No caso da questão da guarda dos filhos, deve-se pensar no melhor a eles, através da mediação, e incentiva-se que os progenitores deixem seus sentimentos de lado, com a finalidade de concretizar o bem-estar dessas crianças e adolescentes.

Uma observação, a mediação para que tenha sucesso, é preciso o respeito à autonomia da vontade. Logo, só terá a presente audiência, caso as partes almejem a tentativa, visto que, como já supracitado, a ideia desse meio consensual pauta-se da busca pela comunicação construtiva, não sendo viável obrigando as partes a mediarem. Ademais, Rosa (2015, p. 140), menciona que:

A adoção de tal metodologia depende de mudança de comportamento de cada um dos profissionais que auxiliam os envolvidos na dissolução afetiva. Advogados, membros do Ministério Público, magistrados, assistentes sociais e psicólogos que atuam em processos na área de família devem ser conhecedores das carências integrantes do relacionamento conjugal e parental e reconhecer que não se trata de necessidades jurídicas, mas sim de cuidado, atenção e – acima de tudo- uma necessidade de escuta para dores que não são físicas mas, em verdade, do coração.

É necessário compreender o sistema jurídico do ponto de vista da interdisciplinaridade, tendo-se em mente que a aplicação estrita do dispositivo legislativo ao caso concreto nem sempre levará à justiça pretendida. Além disso, utilizar-se de meios alternativos consensuais torna-se importante, sob a ótica da complementariedade, principalmente no direito das famílias, em que o vínculo afetivo faz-se mais presente.

Para Goldberg (2018, p. 63) “O fruto da mediação não é propriamente um substitutivo, mas um instrumento complementar que opera para qualificar as decisões jurisprudenciais e torná-las verdadeiramente eficazes”.

Acreditar e incentivar a justiça consensual não faz com que haja a exclusão da justiça contenciosa. Proporciona-se, por outro lado, uma maneira alternativa à sociedade, para que resolvam seus conflitos. Nessa perspectiva, as novas leis emergentes estão demonstrando que o Judiciário não é o único capaz de sanar as lides.

CONCLUSÃO

A respeito da mediação, compreendeu-se que se trata de medida alternativa, utilizada e incentivada com o escopo de contribuir com a redução do quantitativo de demandas impostas ao Poder Judiciário. Assim, através desta pesquisa, pode-se verificar as divergentes formas de acesso à justiça, baseadas na pluralidade e complementariedade.

Com isso, em relação aos conflitos relacionados aos dissensos familiares, constatou-se que, além da morosidade pelos motivos relacionados ao número de lides a serem dissolvidas, também se acrescenta a questão sentimental, intersubjetiva, mais notórias nesses casos, contribuindo negativamente para a efetividade na resolução do conflito.

Assim, percebeu-se que o restabelecimento do diálogo se torna crucial nessas questões, principalmente, nos dissensos envolvendo crianças e adolescentes, cuja Doutrina da Proteção Integral, signatária pelo Brasil, induz a busca pelo melhor interesse aos indivíduos dessa faixa etária.

Com isso, a mediação se torna relevante na busca para proporcionar o diálogo, o protagonismo das partes, além da busca pela manutenção do vínculo afetivo, crucial no direito das famílias, inclusive, para proporcionar ambiente de confiança, equilíbrio aos envolvidos.

Assim, na questão da guarda compartilhada, a mediação demonstrou ter papel relevante, pois ajuda aos pais na tentativa de uma comunicação construtiva, cujo fito é o melhor interesse para os filhos. Através dessa forma de guarda, pretende-se assegurar a

segurança e tranquilidade necessária, aos infantes, diante das mudanças ocasionadas na relação entre os pais, como casal.

Com isso, a mediação, proporcionando a comunicação entre os pais, juntamente com a escolha da guarda compartilhada, torna-se o melhor caminho pautando-se no melhor interesse dos filhos.

Por todo o exposto, conclui-se que a mediação é um meio alternativo capaz de contribuir com a justiça consensual, proporcionando o protagonismo das partes, extremamente importante para a manutenção dos vínculos afetivos, crucial na questão da guarda compartilhada, melhor forma dos filhos lidarem com as mudanças ocorridas pelo divórcio, comprovando que não existe ex-pai/mãe, havendo, assim, a permanência da família.

Portanto, depreende-se a relevância da mediação como forma alternativa na busca pelo acesso à justiça, a qual auxilia na efetividade e celeridade dos processos. Além disso, contribui na mudança de paradigmas, ao introduzir a perspectiva de que através do diálogo, poder-se-á reduzir as lides, e manter as relações interpessoais, um dos objetivos propostos.

REFERÊNCIAS

BARRETO NETO, Heráclito Mota. O princípio constitucional da autonomia individual. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 13, n. 42-43, p. 331-366, jan./dez. 2014. Disponível em: <boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/.../o-principio-constitucional-da-autonomia-indivi>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 2 fev. 2018.

LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, 26 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Lei nº11.698 de 13 de junho de 2008. **Diário Oficial [da] União, Brasília**, 13 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11698.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial [da] União, Brasília**, 22 dez. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____. **Novo Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/15. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 125, de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, n. 219, 1 dez. 2010, p. 1-14. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/15958/2010_res0125_cnj.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. 188 p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v.

FREITAS JÚNIOR, Horival Marques de. Breves apontamentos sobre a mediação no Direito de Família. **RJLB**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0185_0228.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2018.

GOLDBERG, Flávio. **Mediação em Direito de Família**: Aspectos jurídico e Psicológicos. Indaituba, SP: Foco, 2018. p. 104.

ONU. **Convenção Internacional dos Direitos da Criança**. Nova York, EUA: ONU, 1990.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 1 v.