

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS

MEDIAÇÃO E DIREITO DAS FAMÍLIAS: O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO PARA  
A EFETIVA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

Raíssa Vieira de Gouveia

Uberlândia-MG

2017

Raíssa Vieira de Gouveia

MEDIAÇÃO E DIREITO DAS FAMÍLIAS: O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO PARA  
A EFETIVA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito  
Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como  
requisito básico para a colação de grau no curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos José Cordeiro

Uberlândia-MG

2017

R719m Gouveia, Raíssa Vieira de.  
2017 Mediação e direito das famílias : o diálogo como instrumento para a efetiva  
resolução dos conflitos familiares / Raíssa Vieira de Gouveia. – 2017.  
104 p.

Orientador: Prof. Dr. Carlos José Cordeiro.  
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Direito) – Faculdade de  
Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, 2017.

1. Direito de famílias – Brasil. 2. Mediação. I. Cordeiro, Carlos José. II.  
Título.

CDU: 347.6(81)

Raíssa Vieira de Gouveia

MEDIAÇÃO E DIREITO DAS FAMÍLIAS: O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO PARA  
A EFETIVA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito  
Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como  
exigência para a conclusão da graduação em Direito.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

Nota: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Carlos José Cordeiro

\_\_\_\_\_  
Prof.<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Josiane Araújo Gomes

Dedico este trabalho a todos aqueles que acreditam em formas construtivas de resolução de conflitos, visando a emancipação individual e, conseqüentemente, a promoção da sociedade.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus e a Jesus Cristo, que nos legou o exemplo e a chave para seguirmos no caminho do bem – o amor, pela presença, proteção, sustentação e instrução de cada dia.

Agradeço aos meus pais e meu irmão, que, para mim, são traduções do que é o amor aqui na Terra, pelo apoio – seja ele de ordem material ou moral, incentivo, companhia, instrução, ao longo da vida.

Agradeço ao meu professor orientador Dr. Carlos José Cordeiro, pelo cuidado, atenção, seriedade e ensinamentos transmitidos, desde o primeiro encontro na Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis.

Agradeço ao meu cunhado, Igor Gonçalves, pela disponibilidade e presteza em me ajudar com seus apontamentos sobre o trabalho, que foram de grande valia para a concretização desta monografia.

Agradeço a professora M<sup>a</sup>. Josiane Araújo Gomes pela prontidão e presença, na banca de avaliação deste trabalho.

Agradeço aos docentes da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis que contribuíram e contribuem para a minha formação.

Agradeço aos meus colegas de turma pela convivência harmoniosa e pacífica. Em especial, recordo-me da querida colega Cândida Guimarães, que por mais breve que tenha sido sua passagem conosco, legou-nos sua doce lembrança.

Agradeço o auxílio da Denise que sempre, prontamente, me ajudou, no decorrer do curso de Direito, com as questões burocráticas dentro da Faculdade.

Agradeço a sociedade brasileira que, diuturnamente, trabalha para a manutenção da Universidade Federal de Uberlândia e, assim, propicia minha formação e a realização de um sonho.

A todos, minha gratidão!

*Seja a mudança que você deseja ver no mundo.*

-Mahatma Gandhi

## RESUMO

A presente monografia analisa a importância da interseção entre a mediação e o Direito das Famílias. Isso ocorre porque o diálogo se mostra como um fator de construção dos conflitos, ocasionando a transformação destes e o desenvolvimento das pessoas neles inseridas. Para as contendas familiares, a mediação se mostra como o instrumento mais efetivo, já que propicia a manutenção das relações sociais anteriores, principalmente quando há filhos envolvidos. Portanto, propõe-se no decorrer deste estudo a mediação como um melhor instrumento, para a transformação das lides familiares.

**PALAVRAS-CHAVES:** mediação; direito das famílias; diálogo; conflitos familiares.



## ABSTRACT

This monograph analyzes the importance of the intersection between mediation and Family law. It's possible because the dialogue is shown as a factor of conflict building, causing in the transformation of these and the development of people within it. For Family disputes, the mediation is shown as an effective instrument as much as it provides maintenance of the previous social relationships, mainly when there are children involved. Therefore, it is proposed the mediation as a better instrument for the transformation of Family conflicts.

**KEYWORDS:** mediation; Family law; dialogue; conflicts.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
2 FAMÍLIAS NA PÓS-MODERNIDADE.....	14
2.1 <i>A sociedade pós-moralista e a expansão de direitos subjetivos</i> .....	17
2.2 <i>A família como instrumento de realização das pessoas, locus do amor e do afeto</i> .....	18
2.3 <i>A proteção da família no ordenamento jurídico brasileiro</i> .....	21
2.3.1 Um direito humano.....	24
2.3.2 Um direito fundamental.....	26
2.3.3 Um sítio de desenvolvimento da personalidade.....	27
2.3.4 A vulnerabilidade nas famílias.....	29
2.3.5 Proposta: diálogo das fontes para uma proteção integral.....	30
3 OS CONFLITOS FAMILIARES.....	33
3.1 <i>Conflitos</i> .....	37
3.2 <i>É possível uma solução plena?</i> .....	39
3.3 <i>O diálogo como fonte de solução de conflitos familiares</i> .....	40
3.3.1 Análise filosófica.....	43
3.3.2 Possibilidade jurídica.....	44
4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A (IN)EFETIVIDADE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	45
4.1 <i>O que é a efetividade?</i> .....	50
4.2 <i>A formação cultural do povo brasileiro</i> .....	51
4.2.1 A necessidade de um terceiro para solucionar litígios.....	53
4.2.2 A ausência de diálogo entre as partes.....	55
4.2.3 A imaturidade para solver as próprias controvérsias.....	56
4.3 <i>A frieza da Justiça</i> .....	57
4.3.1 <i>É preferível um juiz imparcial ou um juiz humanitário?</i> .....	59
4.3.2 A complexidade de novos fatos diante da insuficiência legal.....	61
4.3.3 Um sistema de retroalimentação: inputs e outputs.....	63
4.4 <i>A forma de confeccionar um provimento jurisdicional</i> .....	63
4.4.1 <i>Perspectiva clássica- estruturalista</i> .....	65
4.4.2 <i>Perspectiva funcionalista: uma mudança de paradigma</i> .....	66
4.5 <i>O Direito como instrumento de promoção da pessoa</i> .....	67

4.6 <i>O desenvolvimento de novas formas de resolução de conflitos</i> .....	69
5 MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/15) E NA LEI DE MEDIAÇÃO (LEI 13.140/15).....	72
5.1 <i>A Constituição Federal como parâmetro interpretativo</i> .....	74
5.2 <i>A incorporação de novas formas de solução de conflitos</i> .....	75
5.2.1 A conciliação.....	76
5.2.2 A mediação.....	77
5.2.3 Outros métodos de solução consensual de conflitos .....	80
5.3 <i>A recepção de novas formas de solução de conflitos pelo ordenamento jurídico brasileiro como corolário da função promocional do Direito</i> .....	81
5.4 <i>Comparativo entre as disciplinas da mediação nas Leis 13.140/15 e 13.105/15</i> .....	82
5.5 <i>A mediação nas ações de família</i> .....	89
6 A CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA HUMANA PARA A SOLUÇÃO DE SEUS PROBLEMAS FAMILIARES. UM CAMINHO POSSÍVEL? .....	91
7 A INTERSEÇÃO ENTRE A FAMÍLIA E O DIREITO: A PROMOÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DA PESSOA .....	93
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS .....	99

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a mediação, método alternativo de solução de conflitos, que tem como principal característica a retomada do diálogo entre os mediandos, a fim de que eles próprios resolvam os conflitos familiares criativamente, preservando as relações sociais pretéritas e logrando a autonomia e emancipação individual. E, ainda, examinará o papel do Direito e sua efetividade para a pacificação das contendas nas relações familiares.

Para tanto, a metodologia utilizada será a argumentação sobre os tópicos propostos, que terá como substrato a apreciação de artigos, livros e textos de diversos autores que estudam a temática. Para a construção da monografia, a argumentação se estruturará da forma que abaixo se descreve.

O capítulo primeiro trata da apresentação do trabalho, para a qual se dedica a presente introdução, a qual sintetiza as principais ideias dos capítulos que se seguem.

O segundo capítulo fará uma abordagem da família no período atual, que para alguns estudiosos se denomina pós-modernidade. Nesse período, há uma expansão de direitos subjetivos, os quais devem também ser tutelados pelo ordenamento jurídico. Isso ocorre devido à tendência da personalização individual em buscar aquilo que realmente satisfaz a cada um.

A família, nesta conjuntura, será tomada como um instrumento pessoal de realização das pessoas, tendo como marca fundamental a emoção e o afeto. Por isso, as relações familiares devem receber tratamentos personalizados, por englobarem aspectos tão subjetivos como o amor, por exemplo.

Diante disso, o ordenamento jurídico não deve visar a proteção da instituição familiar em si, mas a proteção dos membros integrantes da família, preservando-lhes os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Assim, propicia-se uma assistência efetiva, por meio da proposta da teoria dialógica de fontes, para amparar cada indivíduo em sua amplitude de direitos.

Posteriormente, no capítulo terceiro, far-se-á uma abordagem sobre os conflitos familiares, o que os caracterizam, tomando como substrato a definição de conflitos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o qual defende que os conflitos surgem devido a uma barreira na comunicação entre indivíduos. Então, para o restabelecimento dessa barreira, é proposto o diálogo como fonte efetiva de resolução dos conflitos familiares, já que, com ele, haverá uma manutenção dos laços sociais pré-existentes, com a finalidade de que haja uma boa

convivência social. E, por fim, esse diálogo será analisado em sua perspectiva filosófica e perquirir-se-á sua viabilidade no âmbito jurídico.

Na sequência, o capítulo quarto trará uma discussão sobre a efetividade do sistema jurídico brasileiro na resolução de conflitos. Esse sistema, tal como se encontra hoje, em seu aparato apenas formalista que subjuga o ser humano e sua subjetividade, não se mostra efetivo para a transformação das lides familiares. Com isso, se colocar-se-á em debate a formação cultural do povo brasileiro em sempre transferir suas responsabilidades para o Judiciário na solução das próprias controvérsias.

Ainda, será discutida a frieza da Justiça tal como ela se encontra hoje, isso principalmente por ela excluir de seus procedimentos técnicos o fator humano; o diálogo entre as partes. E para isso, questionar-se-á se é preferível um juiz imparcial ou um juiz humanitário, que sobreleve o fator humano em detrimento de formas. Essa postura refletirá na forma de confecção do próprio provimento jurisdicional. Também, tomar-se-á o Direito como um instrumento de promoção da pessoa e, para lograr esse intuito, analisar-se-á o desenvolvimento de novas formas de solução de controvérsias, dando ênfase na mediação de conflitos.

No capítulo quinto, examina-se a mediação sob a perspectiva do Novo Código de Processo Civil e, ainda, sob o enfoque do marco da mediação no Brasil – a Lei 13.140/2015, comparando-os. Para esse fim, tomar-se-á a Constituição Federal como parâmetro interpretativo e se analisará, de forma breve, algumas novas formas de resolução de conflitos, enfatizando-se a mediação e sua linguagem ternária. Será abordada, ainda, essa modificação de paradigma pelo ordenamento jurídico como corolário da função promocional que assume o direito na contemporaneidade. E, por fim, é abordada a metodologia da mediação em específico nas ações familiares.

No capítulo sexto, questiona-se se a ênfase no diálogo por meio da mediação, concretizando a autonomia dos indivíduos em criarem soluções para os próprios conflitos, é um caminho viável.

Por fim, no capítulo sétimo, une-se a família e o direito com um fim comum – a promoção e o desenvolvimento da pessoa. Esse é o elo que une as duas temáticas, pois tanto a família como o direito visam promover, de forma otimizada, os indivíduos.

Portanto, passar-se-á à análise de cada um desses tópicos, a fim de estabelecer uma inter-relação entre a mediação e o Direito das Famílias, sobrelevando o estabelecimento do diálogo entre as partes com a intenção de lograr uma real efetividade no mundo social,

transformando os conflitos em algo promissor e vantajoso para todos os indivíduos e não adversarial, como a cultura ocidental propala.

## 2 FAMÍLIAS NA PÓS-MODERNIDADE

A pós-modernidade é uma época definida por sua fragmentação, seu multiculturalismo, seu pluralismo, suas constantes mudanças, sua flexibilidade. É um período que, acompanhando o desenvolvimento da sociedade, tem como marco valorativo a pessoa humana, a qual passa a ser vista em sua singularidade e de acordo com os próprios anseios. Neste cenário, considerar a família como uma instituição perene e imutável torna-se ultrapassado, já que o ser humano, criativo por excelência, sempre modifica sua forma de inter-relacionar; de compartilhar afetos; de amar.

A constituição de uma família deve ser considerada como informal, ou seja, não há uma forma estanque para que ela seja estabelecida. Diante disso, os diversos autores na área familiarista, destacando-se Maria Berenice Dias, denominam esse ramo da disciplina jurídica como direitos das famílias, já que há inúmeras formas de constitui-las para a promoção do *locus* fundamental do direito atual – a pessoa.

Nessa família, destaca-se a concepção eudemonista, a qual tem em vista a busca pela felicidade, a proeminência do amor, o destaque para a solidariedade e o reconhecimento do afeto como forma de designar a família<sup>1</sup>, enfim, visa a realização plena do ser humano por meio da reafirmação de sua dignidade.<sup>2</sup>

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias sintetiza que

A família da pós-modernidade, forjada em laços de afetividade, sendo estes sua causa originária e final, tem o propósito de servir de motor de impulsão para a afirmação da dignidade das pessoas de seus componentes, tratando-se do *locus* privilegiado, o ambiente propício, para o *desenvolvimento da personalidade humana em busca da felicidade pessoal* e não mais como instituição merecedora de tutela autônoma, justificada por si só, em detrimento, não raro, da proteção humana.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 148.

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*. RDPriv 19/56, jul.-set./2004. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José organizadores. *Família e sucessões: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 447.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 448.

O afeto também é usado como fator de definição do arranjo familiar por César Fiuza e Luciana Costa, os quais descrevem que “em todos os lares onde houver pessoas ligadas, seja por laços de sangue ou não, unidas pelo afeto, pelo plano de concretização das aspirações de cada uma delas e daquele núcleo como um todo, concatenadas e organizadas econômico e psicologicamente, haverá uma família.”<sup>4</sup>

Esses mesmos autores defendem que:

O conceito atual de família perpassa pela convivência pautada na solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos. A família deve ser encarada como a comunidade de vida material e afetiva entre seus integrantes, união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais e sociais, convivência que promove mútua companhia, apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento da personalidade.<sup>5</sup>

Em uma perspectiva filosófica, Gilles Lipovetsky dispõe que essa era é de expansão dos direitos subjetivos, o que também reflete na família que se torna um instrumento de promoção de direitos e aspirações subjetivas em detrimento de obrigações. Assim, “o extraordinário crescimento dos direitos individualistas depreciou tanto as obrigações morais do casamento quanto a da prole numerosa”<sup>6</sup>.

Diante disso, flexibilizaram-se as características da família na pós-modernidade, tanto que já se torna viável “fazer a montagem ou a desmontagem da mesma enquanto instrumento de realização pessoal das pessoas. Aquilo que antes era uma instituição obrigatória metamorfoseou-se agora em instituição de gênero emotivo e elástico.”<sup>7</sup>

A antiga família autoritária, patrimonializada, estratificada e institucionalizada cedeu lugar a uma família afetiva, a qual se baseia na livre escolha e na proteção, passando a se tornar um espaço privilegiado de felicidade.<sup>8</sup>

Essa abordagem filosófica é corroborada por alguns estudiosos do direito que também concluem sobre a existência dessa pluralidade familiar a fim de haver uma adaptação às diversas nuances da realidade social. Adriana Caldas do Rego defende que essa forma plural e menos conservadora, como outrora, se torna mais democrática e humanizada e menos

---

<sup>4</sup> FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 151- 180, jul./dez. 2015, p. 155.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>6</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução: Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 139.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 139.

<sup>8</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Tradução: Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 63.

autoritária, pois tem como fim a valorização do homem e o respeito de seus direitos humanos.<sup>9</sup> No mesmo sentido conclui Cláudia Lima Marques, quem relata que a época pós-moderna é marcada por essa pluralidade, na qual há “apenas um singular: o indivíduo”<sup>10</sup>.

De forma didática, Giselda Maria Hironaka dispõe as características dessa família:

Os relacionamentos familiares contemporâneos – quer no nível da conjugalidade, quer no nível da parentalidade – se baseia na *primazia do amor*, e suas características principais poderiam assim ser enumeradas: a) são relações que se valorizam por si mesmas e não por condições exteriores da vida social e econômica; b) são relações que primam pelo que podem trazer de bom para cada um dos membros do núcleo familiar envolvidos; c) organizam-se pelo viés reflexivo, no qual a comunicação é aberta e tem base contínua; d) são relações que tendem a se verem mais focadas na intimidade, na cumplicidade, na confiança mútua; e) são relações que transformam a obrigação do contrato constante em compromisso ético entre o seus partícipes.<sup>11</sup>

Carlos José Cordeiro, de forma pontual, destaca que a família se caracteriza por uma aglomeração de pessoas ligadas por vínculos afetivos, os quais podem ser consanguíneos ou não, tendo como finalidade propiciar o desenvolvimento integral da personalidade de seus integrantes, em busca da própria realização. A família, por consequência, constitui-se como a unidade fundamental da sociedade, sendo meio de veiculação de afeto e solidariedade entre os indivíduos.<sup>12</sup>

Destaca-se, ainda, a perspectiva de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem a família contemporânea torna-se cada vez menos organizada, menos hierarquizada e independente de laços sanguíneos, para se basear apenas em sentimentos e valores comuns.<sup>13</sup> Este modelo de família é caracterizado por ela como um modelo democrático, em que há a marca da pluralidade e que a dignidade de seus membros é tutelada e respeitada.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. Tese (Doutorado em 2010). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 42.

<sup>10</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 107.

<sup>11</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, jan.-dez. 2006, p. 153-167, p. 167.

<sup>12</sup> CORDEIRO, Carlos José. Do direito das famílias: introduzindo o tema da afetividade familiar. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (coordenadores). *Temas Contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013, p. 23.

<sup>13</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 617.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 619.



Por conseguinte, a família pós-moderna não observa formalidades; pauta-se no afeto; no amor. Tem como finalidade precípua a promoção dos indivíduos que a compõem. Neste mesmo período, expandem-se os direitos subjetivos da pessoa humana, a fim de integralmente protegê-la. Para acolher essa pluralidade, o ordenamento jurídico brasileiro busca proteger a família de forma especial, qual seja – nas pessoas de seus membros – por meio do diálogo de fontes, considerando todos os direitos humanos e fundamentais nela envolvidos, com o propósito de que a personalidade individual seja resguardada, em especial quando se tratar de situações que envolvam vulnerabilidade.

### 2.1 A sociedade pós-moralista e a expansão de direitos subjetivos

Gilles Lipovetsky, em sua obra "A Sociedade Pós-Moralista - o crepúsculo do dever e a ética indolor dos tempos democráticos", chama atenção para o fato de que, nos dias atuais, os deveres estão caindo em desuso, enquanto se ampliam, de forma célere, os direitos subjetivos para atender à personalização do indivíduo. Nesse sentido, o filósofo elucida que “a cultura do cotidiano não é mais embebida pelos imperativos hiperbólicos do dever, mas sim pelo bem-estar e pela dinâmica dos direitos subjetivos, deixamos de reconhecer a necessidade de dependência de qualquer coisa que seja extrínseca a nós.”<sup>15</sup>

Essa sociedade pós-moralista é definida pelo autor como “uma sociedade que repudia a retórica do dever rígido, integral e estrito e, paralelamente, consagra os direitos individuais à autonomia, às aspirações de ordem pessoal, à felicidade.”<sup>16</sup> Essa realidade é patente em *terra brasilis*, na qual se expandem os direitos subjetivos, tanto que a cada direito fundamental insculpido na Constituição Federal corresponde o respectivo direito subjetivo.

Essa perspectiva é corroborada pela sociedade de consumo, na qual há várias opções que correspondem aos diversos gostos individuais. Com isso, as pessoas buscam sua própria realização de acordo com as possibilidades oferecidas pelo mercado, que são muitas, a fim de personalizarem. Neste cenário, o culto ao dever cai em descrédito e a busca por mais direitos continua de forma acelerada.

---

<sup>15</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*, op. cit., p. XXIX.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. XXX.

Zygmunt Bauman escreve que “a sociedade pós-moderna envolve seus membros primariamente em sua condição de consumidores, e não de produtores.”<sup>17</sup> Essa sociedade de consumo, portanto, personaliza os indivíduos a depender dos padrões por eles aceitos.

Com essa expansão de direitos subjetivos, aumenta, também, paralelamente, a possibilidade de danos a eles. E essa perspectiva se nota, também, no âmbito familiar, principalmente no que tange à busca de indenizações por danos morais, a qual se tornou “panaceia para todos os males.”<sup>18</sup> Busca-se quantificar o “preço da dor”<sup>19</sup>, ampliando sempre a oportunidade para o reconhecimento da existência de danos.

Dessa forma, a expansão de direitos subjetivos, reflexo da pós-modernidade, em contrapartida lógica, fomenta a procura por ressarcimento por situações tidas como desvantajosas para determinada pessoa. E, paralelamente, os deveres para com outrem são olvidados, o que amplifica a insatisfação no seio social. Porém, é devido à essa expansão de direitos e dessa busca pela personalização que os diversos modelos familiares surgem, com o fito de satisfazerem cada indivíduo em sua individualidade sentimental.

## *2.2 A família como instrumento de realização das pessoas, lócus do amor e do afeto*

A família, como já foi maciçamente enfatizado, é tomada como a base do afeto, do amor e serve como instrumento de promoção da pessoa, a qual passa a ser o centro de imputação do ordenamento jurídico. Para além de uma instituição patrimonialista, a família vem sendo palco da democratização das relações pessoais, em que as pessoas sofrem; aprendem; dialogam; evoluem; amam.

Ressalta-se que a afetividade, diferentemente de como ela é tomada pelo senso comum, denota, em uma perspectiva psicanalítica, um estado emocional, no qual há o conjunto de todos os sentimentos humanos, “do mais agradável ao mais insuportável”<sup>20</sup>. Seria utópico olvidar que no seio familiar há conflitos, discórdias, disputas. Rodrigo da Cunha Pereira é recorrentemente citado quando relata que são os restos de amor que batem à porta do Judiciário.

Nesse mesmo sentido, César Fiuza é enfático ao esclarecer que a afetividade é um sentimento humano que vai do amor ao ódio, para além de uma visão romantizada da família, fundada no amor e afeto, simplesmente. A família, ainda, é o meio mais propício para a

<sup>17</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011, p. 78.

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, op. cit., p. 93.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> CHEMAMA, Roland. *Dicionário de psicanálise*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1995, p. 10.

evolução/desenvolvimento do ser humano, mesmo que não seja, necessariamente, um local de amor e afeição. Entretanto, afirma o autor que sem sombra de dúvidas há amor e afeto nos arranjos familiares, mas não só; sabe-se que pode ocorrer ódio, rivalidades e violência, seja ela física ou moral. De forma um tanto quanto ácida, porém realista, ele descreve a família, na melhor das hipóteses, como um “agrupamento de neuróticos, que se fazem bem uns aos outros, mas que também se fazem muito mal. Muitas vezes, é melhor para a criança ser afastada do *locus* familiar, que só lhe traz malefícios”<sup>21</sup>.

Esses conflitos, antes de chegarem ao Judiciário para que um terceiro decida, devem ser apreciados pelos próprios componentes da relação familiar, em uma perspectiva dialógica, com o propósito de que os indivíduos se autonomizem e se promovam. Por isso, propõe-se a mediação. Ponto este que será tratado adiante.

Para além dessa perspectiva realista, ressalta-se que o ideal, assim como nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias, é a família ser concebida como instrumento para o desenvolvimento da pessoa, ocorrendo, dessa forma, uma democratização da estrutura familiar.<sup>22</sup> Com isso, abriga-se qualquer arranjo afetivo como uma família, desde que nela reine o amor, independentemente de seus componentes.

A família contemporânea, com toda essa revolução paradigmática, está fincada no afeto e na dignidade humana, tendo em vista as especificidades que envolvem o ser individualmente considerado, em uma perspectiva pós-moderna.<sup>23</sup> Giselda Maria Hironaka defende, com razão, que “esta família atual não é nem melhor e nem é pior que a família do passado, mas certamente é muito diferente dos modelos de famílias antecedentes, das estruturas de poder e de afeto que habitaram, construíram e modelaram os arquétipos anteriores a estes que hoje conhecemos”<sup>24</sup>. E complementa que “espalha-se a ideia de afetividade, como o grande parâmetro modificador das relações familiares, estando a querer demonstrar que o verdadeiro elo entre as pessoas envolvidas nessas relações, nesse núcleo, nesse tecido, consubstancia-se no afeto”<sup>25</sup>.

André-Jean Arnaud, de forma perspicaz, relata que:

---

<sup>21</sup> FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família, *op. cit.*, p. 154.

<sup>22</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana., *op. cit.*, p. 443.

<sup>23</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>24</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade, *op. cit.*, p. 154.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 155.

Com efeito, a época contemporânea conheceu uma profunda mutação da família. Os demógrafos e os sociólogos observam que o vínculo afetivo foi, progressivamente, se sobrepondo à concepção da família como espaço econômico. O respeito aos sentimentos prevalece sobre a vontade de proteger o patrimônio. A consequência desse fato foi uma acentuada precariedade, inerente ao próprio sentimento, que ocupou o lugar das relações objetivas. Triunfando os sentimentos, os indivíduos que constituem a família exigem que os direitos humanos protejam mais as pessoas do que o grupo: espera-se que o legislador proteja primeiro as pessoas, todas as pessoas, e integralmente.<sup>26</sup>

A presença do afeto, do amor, é o que o jurista Erik Jayme denomina de retorno dos sentimentos, característica da pós-modernidade que possui reflexos no Direito, o que será analisado sequentemente. Diante disso, “noções anteriormente fluídas, como bem-estar, afeto, felicidade e realização pessoal passam a ser como critérios para a solução dos casos.”<sup>27</sup>

Quanto ao amor, Luc Ferry tem um amplo estudo sobre sua importância nos dias atuais. Para o autor, o amor é o que dá sentido para a existência humana, nos dias de hoje; é o que movimenta a vida privada de cada um.<sup>28</sup> Ele argumenta que as novas gerações, em sua maioria, não ambicionam mais morrer por Deus, ou pela pátria, ou pela revolução<sup>29</sup>, conceitos altamente abstratos, mas um dos motivos que ainda poderiam levar alguém a arriscar a própria vida são as pessoas, as quais não são mais abstratas. Transcreve-se *ipses literis*:

Basta que nos interroguemos intimamente sobre os motivos que ainda poderiam nos levar a arriscar a vida para perceber que eles não desapareceram totalmente, que nossa relação com o sagrado, entendido como o motivo da saída de si, de suspensão do egocentrismo individualista, não foi de modo algum destruída. Simplesmente, motivado pela história da vida privada e do fortalecimento das exigências da afetividade, seus objetivos mudaram. Ele encarnou em pessoas, não mais em abstrações, e é isso que temos de compreender antes de fazer qualquer julgamento sobre o tempo presente.<sup>30</sup>

Diante da expansão e do fortalecimento dessa afetividade, os objetivos para a constituição de uma família se modificaram no Ocidente moderno; “em consequência de uma história muito singular, a da família moderna, da natalidade, da difusão, do casamento

---

<sup>26</sup> ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 87.

<sup>27</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, op. cit., p. 106.

<sup>28</sup> FERRY, Luc. *A revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. Tradução: Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 7.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 8.

livremente escolhido, o amor substituiu pouco a pouco todos os princípios fornecedores de sentido, todas as outras fontes de legitimação de nossos mais profundos ideais.”<sup>31</sup>

Nesse sentido, o filósofo defende que os únicos seres pelos quais as pessoas arriscariam a própria vida são os seres humanos e não mais ideais políticos abstratos, a começar por aqueles que amamos, por aqueles que são “sacralizados” pelo amor.”<sup>32</sup> Sendo assim, “uma nova espécie de revolução copernicana que, em lugar dos princípios fundadores antigos – o *Cosmos* dos gregos, o Deus das grandes religiões, o *cogito*, a Razão e os direitos do humanismo republicano -, faz do amor, da amizade, da fraternidade o novo pedestal de nossos valores e o coloca no centro de nossas preocupações.”<sup>33</sup>

Isto posto, a família passa a ser embasada pela perspectiva dos sentimentos (na maioria dos casos) e não mais da conveniência. Os casamentos passam a ser fundados no amor e na liberdade de escolha. Diante disso, afirma-se que a família passa a ser uma boa fonte de realização pessoal, fundada no amor, já que o indivíduo conta com o apoio daquele que escolheu para amar. É esta nova família, a qual foi exaustivamente caracterizada no início deste capítulo, que merece a integral proteção do ordenamento jurídico, por um meio que seja adequado à sua especificidade.

### 2.3 A proteção da família no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946 traz como princípio basilar para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para suas seguranças, que: a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Esta definição de saúde pode ser utilizada de forma coordenada para definir a dignidade humana, que é disposta como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º de sua Constituição de 1988.

Com este pilar, a valorização da pessoa com sua dignidade passa a ser o requisito objetivo, o valor fundante e o fim último do período atual.<sup>34</sup> Esta perspectiva personalista humanizada suplanta a atenção dada ao patrimonialismo de outrora no ordenamento jurídico brasileiro. Este passa a ter como substrato primevo, em qualquer ramo de sua composição – seja público, privado – os Direitos Humanos e a Carta Magna.

---

<sup>31</sup> FERRY, Luc. *A revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. Tradução: Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, *op. cit.*, p. 7.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>34</sup> NEVES, António Castanheira. *O Direito Hoje e com que Sentido? O problema atual da autonomia do Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012, p. 68-69.

Este enaltecimento da pessoa é patente nas relações familiares, já que a família é uma junção de pessoas, por menor que seja o número. O ser humano já nasce ligado a outrem – sua mãe biológica<sup>35</sup>. Independentemente das adversidades que possam vir a ocorrer, garante-se até mesmo em nosso ordenamento jurídico uma mãe social, para que o pequeno ser não fique desamparado. Diante disso, nota-se que, nas relações familiares, qualquer que seja a sua composição, visa-se a orientação e promoção da pessoa em si.

Tendo em consideração tais substratos, o ordenamento jurídico brasileiro, dentro das relações familiares, visa proteger as pessoas nelas insertas e não a instituição familiar. Com isso, pode ocorrer a proteção da pessoa em detrimento da instituição familiar. O art. 226, da CFRB/1988, em seu *caput*, enuncia que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Essa proteção especial perpassa o arranjo familiar existente, já que se ressalta no §8º do mesmo dispositivo que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Logo, a proteção é especializada e recai, nos dizeres constitucionais, na pessoa de cada um de seus membros.

Ainda no sentido de corroborar esta perspectiva, sugestiona-se a realização de uma interpretação sistemática da Constituição Federal/1988. Desse modo, acresce-se aos dispositivos supramencionados a releitura dos artigos 1º e 3º do mesmo diploma, os quais valorizam como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, respectivamente. Nesse mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias preleciona que “a proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos) princípios gerais da *Magna Charta*.”<sup>36</sup>

Neste diapasão, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, de forma impecável, constataam que “o direito de família vive hoje um renascimento científico”.<sup>37</sup> Este renascer é reflexo das características do tempo em que se vive, no qual há uma determinação, nem sempre de forma ponderada, ao sentimento e a um fascínio por este repaginado direito de família, no qual reúnem-se muitos direitos humanos.<sup>38</sup> E, de forma concisa, asseveram que:

---

<sup>35</sup> Salienta-se que “a caracterização de pai/mãe só pode ser reconhecida, efetivamente, àquele que desempenha o papel de protetor, de educador, de companheiro do filho; ou seja, não é o vínculo biológico ou presunção legal que tornam alguém pai ou mãe, mas sim a assunção de tal papel por quem assim pretenda ser reconhecido.” CORDEIRO, Carlos José. Do direito das famílias: introduzindo o tema da afetividade familiar, *cit.*, p. 31.

<sup>36</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana, *op. cit.*, p. 442.

<sup>37</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 104.

Este *novo* direito de família – ou das *famílias* como hoje ousadamente propõe a doutrina brasileira – responde, neste particular, a tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, tempos de abalo nas referências institucionais e de grande manipulação nas informações e formação de opinião, acaba-se por decretar a insuficiência do modelo familiar tradicional, modelo patriarcal do direito civil moderno, o que leva à evolução dos conceitos, a maior maleabilidade na jurisprudência, nos valores e visões por ela consolidadas, seja ideologicamente, seja discursivamente.<sup>39</sup>

Esse novo Direito das Famílias é pressuposto lógico da era pós-moderna contemporânea. O jurista Erik Jayme elege quatro características dessa era que trariam reflexos ao direito: o pluralismo, a comunicação, a narração, *le retour des sentiments* e a valorização dos direitos humanos.

O pluralismo é claro, já que há diversos arranjos familiares como elucida, por exemplo, Maria Berenice Dias, em seu Manual de Direito das Famílias. A autora escreve um capítulo sob a denominação de “famílias plurais”, no qual classifica a(s): família matrimonial; família informal; família homoafetiva; famílias paralelas ou simultâneas; família poliafetiva, famílias monoparentais; famílias parental ou anaparental; famílias compostas, pluriparental ou mosaico; famílias naturais, extensa ou ampliada; famílias substitutas; e famílias eudemonistas.<sup>40</sup> E com a constante mudança que sofre o seio social ainda surgirão muitas outras organizações familiares para acolherem a individualização e o afeto de cada pessoa.

A comunicação é valorizada em âmbito familiar, a fim de que as controvérsias sejam amenizadas e haja uma melhor integração do corpo doméstico. É por essa característica que o ordenamento jurídico brasileiro vem cedendo espaço às formas alternativas de solução de conflito, tal como a mediação. Nesta, há uma facilitação de um diálogo que talvez não tenha havido entre as partes, as quais criativamente solucionarão seus conflitos de forma mais satisfatória levando em conta os próprios sentimentos.

A narração é consequência das formas comunicativas supramencionadas. Com esta perspectiva, para além da letra fria da lei – o positivismo jurídico –, passa a ser adotada uma jurisprudência dos valores, flexibilizando as normas jurídicas por meio de conceitos vagos, os quais se adequam mais ao Direito das Famílias. Neste sentido, é brilhante a colocação de Maria Berenice Dias:

---

<sup>39</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, op. cit., p. 105.

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, op. cit., p. 21.

Quem vai ao Judiciário, na maioria das vezes, chega fragilizado, cheio de mágoas, incertezas, medos. Precisa ser recebido por um juiz consciente de que deve ser muito mais um pacificador, um apaziguador de almas, despido de qualquer atitude moralista ou crítica. Em matéria de família, mais do que a letra fria ou o rigorismo do texto legal, a norma que deve ser invocada é a que apela à sensibilidade jurídica (LINDB 5º): *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*<sup>41</sup>

*Le retour des sentiments* – o retorno dos sentimentos –, por uma fundamentação lógica, integra o corpo familiar. A família é o lócus do afeto, o que leva Maria Berenice Dias a eleger o afeto como princípio do Direito Familiarista. Segundo a autora “a afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.”<sup>42</sup>

E, por fim, a valorização dos direitos humanos. Há tempos, já se discutem os efeitos horizontais dos direitos humanos, os quais se irradiam, para além da esfera pública, para o âmbito privado das relações interpessoais. Em âmbito familiarista, com a finalidade de valorização e promoção da pessoa, os direitos humanos se tornam valiosas ferramentas para a consecução daquele objetivo.

Destarte, tendo em vista esse novo Direito das Famílias e as características analisadas do período vivenciado, por meio da junção coordenada entre os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, em um verdadeiro diálogo de fontes, visa-se proteger os indivíduos que compõem a unidade familiar a fim de promovê-los de forma integral, ultrapassando a antiga perspectiva patrimonialista. Para tal fim, deve ser considerada a situação de vulnerabilidade daqueles que integram a relação familiar, dando a proteção específica e individual, a fim de sempre prestigiar a pessoa, tanto que, em casos extremos, prefere-se retirar a pessoa do seio de uma família que a denigre e afronta sua dignidade, para que ela possa se desenvolver de forma mais saudável.

### 2.3.1 Um direito humano

Os direitos humanos, segundo André de Carvalho Ramos, podem ser conceituados como “um conjunto de direitos indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida

---

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, op. cit., p. 67.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 54-55.



digna.”<sup>43</sup> Por esse conceito, constata-se que não há possibilidade de aqui se elencar todos aqueles direitos considerados humanos, já que, para a constituição de uma vida digna, é necessária a conjugação de diversos direitos. Por isso, enfatizar-se-á a perspectiva familiar, objeto do presente trabalho.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é trazido, em seu preâmbulo, disposição de reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana. Esta família é pouco lembrada, mas se apresenta como a que sempre nos ensina por meio da troca diária de conhecimentos, de ajuda, de colaboração, de solidariedade. Nessa família, o ser humano busca sua evolução, sua promoção por meio de ajuda e trocas mútuas e nela assegura-se a dignidade de todos os seus componentes.

A humanidade, portanto, já em seu início, contém a perspectiva familiarista de sua composição. E é dentro deste aspecto que se afirma a solidariedade, a liberdade, a promoção de todos, a justiça social. Nesta família universal, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dentro dela, reconhece-se, ainda, a existência de “micro-famílias”, já que no artigo doze são vedadas as intromissões arbitrárias na vida privada, na sua família, no seu domicílio e para tanto a pessoa tem direito à proteção legal.

No artigo dezesseis do mesmo diploma, a família é considerada como elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado. Nota-se que a família recebe dupla proteção: da sociedade e do Estado. Diante disso, qualquer arranjo familiar resultante das diversas experimentações sociais merece respeito e proteção, por se constituir como um direito humano, já que é indispensável para uma vida digna a liberdade em constituir família.

André-Jean Arnaud afirma que os direitos humanos possuem uma pretensão de universalidade, o que inclusive os caracteriza. Em contrapartida, o direito das famílias é mais local, reflexo das manifestações culturais e, diante disso, os direitos humanos, neste ramo do Direito, seriam apenas uma ‘esperança moderada’ de universalidade.<sup>44</sup> Ora, se a universalidade dos direitos humanos tem a finalidade de enunciar que os direitos humanos são direitos de todos, sem distinção por qualquer fator que seja; e sendo a família considerada um elemento natural e fundamental da sociedade; o que é garantido, portanto, é o direito a se organizar como instituição familiar, independentemente das variações locais que sofram as diversas manifestações sociais para o atendimento das pessoalidades.

---

<sup>43</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26.

<sup>44</sup> ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização, op. cit.*, p. 91.

Esta mesma perspectiva leva Cláudia Lima Marques a concluir que “é justamente neste ramo do direito, em que se encontram necessariamente, confrontam-se e dialogam os direitos humanos mais básicos que está a esperança de uma harmonização pacífica das relações e do nascimento de um respeito jurídico pelas diferenças e pelo diferente”.<sup>45</sup> Dessa forma, é na família que a dignidade deve ser considerada e valorizada, independentemente das modificações culturais.

Pelos direitos humanos, o que se persegue não é mais a liberdade como bandeira, como outrora fora hasteada, mas a proteção da dignidade individual da pessoa humana.<sup>46</sup> Esta nova bandeira flamula com um novo colorido, visando o bem-estar físico, psíquico e social do indivíduo, inclusive nas relações familiares.

À vista disso, a família recebe proteção do ordenamento jurídico brasileiro, considerando as confluências de direitos humanos que nela se identificam e por também se constituir em um direito humano, na medida em que se apresenta indispensável à uma vida digna. Considera-se, portanto, que todos os que estão insertos na família humana têm reconhecida a sua dignidade, já que a cada um deve ser propiciado o bem-estar físico, psíquico e social.

### 2.3.2 Um direito fundamental

Os direitos fundamentais não se confundem com os direitos humanos. Aqueles são os direitos positivados em determinado ordenamento jurídico. André Ramos Carvalho estabelece uma fácil distinção entre eles:

Os direitos humanos servem para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão direitos fundamentais delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico.<sup>47</sup>

Os direitos fundamentais, em sua grande maioria, estão positivados na Constituição Federal. O seu título II recebe como nomenclatura – dos direitos e garantias fundamentais –, entretanto, é entendimento pacífico de que os direitos fundamentais estão espalhados por todo

---

<sup>45</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, op. cit., p. 105.

<sup>46</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*, op. cit., p. 317.

<sup>47</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, op. cit., p. 52.

o corpo normativo do diploma maior. Por isso, considera-se a família um direito fundamental, já que, no art. 226, a família recebe especial proteção do Estado. Para além do art. 226, o texto constitucional se alonga até o art. 230 para dispor sobre o arranjo familiar e suas disposições específicas.

Os direitos fundamentais possuem sua dimensão positiva e negativa. A dimensão positiva é a perspectiva prestacional do Estado, no qual este assegura as condições ideais descritas no corpo constitucional sem necessidade de pedido do cidadão. Já a perspectiva negativa garante que os direitos fundamentais lá descritos possam ser exigidos pelo cidadão. Por isso, quem quer que seja terá a proteção dentro do seio familiar, pois, como já foi elucidado, a proteção da família é especial, recaindo sobre os seus membros.

Neste sentido, Cláudia Lima Marques esclarece que o Direito de Família:

[...] deixa de pensar na manutenção da instituição, mas sim nos indivíduos, nos vínculos que os ligam ao grupo e nos direitos fundamentais de cada um, especialmente dos mais fracos, membros do grupo, como as crianças, os filhos. Tempos de grande influência do direito público e dos direitos fundamentais dos cidadãos em todos os ramos do direito privado e também no direito de família.<sup>48</sup>

Diante do exposto, constata-se que os membros da família são titulares de direitos fundamentais e a família se constitui, concomitantemente, como um direito fundamental. A expansão dos direitos fundamentais ao âmbito privado é possível devido à horizontalização dos direitos constitucionais e, com isso, faz com que a família sirva de fonte para o desenvolvimento das personalidades individuais que a constituem.

### 2.3.3 Um sítio de desenvolvimento da personalidade

O desenvolvimento da personalidade ocorre com o contato social, ou seja, com o contato com o mundo. A personalidade tem como base a individualidade, a qual se refere “a essas características naturais que constituem todo o indivíduo e que servem de base para o desenvolvimento da singularidade e do psiquismo como um todo.”<sup>49</sup> Essas características

---

<sup>48</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

<sup>49</sup> SILVA, Flávia Gonçalves da. Subjetividade, individualidade, personalidade e identidade: concepções a partir da psicologia histórico-cultural. *Psicologia da Educação*, São Paulo, v. 28, 1º semestre de 2009, pp. 169-195, p. 175.

naturais se referem às “condições físicas, de como funciona o sistema nervoso, emoções, dinâmica das necessidades biológicas.”<sup>50</sup>

Compreendida a individualidade, define-se a personalidade como a

[...] complexificação da individualidade de forma superior, cuja base é a individualidade, sendo a gênese e o desenvolvimento históricos-sociais ‘o tecido’ que possibilita o seu desenvolvimento [...] Dessa forma, não se nasce personalidade, chega-se a ser personalidade por meio da socialização e da formação de uma endocultura, através da aquisição de hábitos, atitudes e formas de utilização de instrumentos. A personalidade é um produto da atividade social e suas formas poderão ser explicadas somente nestes termos.<sup>51</sup>

Por conseguinte, a personalidade resulta da interação do indivíduo com o seio social, sendo uma objetivação da individualidade, tendo como substrato as vivências sociais do indivíduo. É neste sentido que se afirma que a família é um local de desenvolvimento da personalidade, já que a família é a primeira fonte de contato social, o que propulsiona a formação da personalidade individual. O poeta John Mayra Donne já esclarecia que “nenhum homem é uma ilha, completo em si próprio; cada ser humano é uma parte do continente, uma parte do todo”.

César Fiuza afirma que a família, para além de ser um espaço para a efetivação dos direitos fundamentais, no qual se permite o afeto, amor e cooperação, tem seu papel promocional que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros.<sup>52</sup> A importância de uma família é patente e por isso a ela não pode ser dada uma forma pré-definida, pois o bonito é o natural recheado de amor, sem imposições ou ideologias discriminantes.

Cristiano Chaves, no mesmo diapasão, relata que a família tende a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros diante da nova feição fundada no afeto e no amor romântico. Esta conjuntura permite uma inter-complementariedade entre os seres humanos que ela constitui.<sup>53</sup> E Paulo Luiz Netto Lôbo arremata que:

A repersonalização, posta nesses termos, não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da

<sup>50</sup> SILVA, Flávia Gonçalves da. Subjetividade, individualidade, personalidade e identidade: concepções a partir da psicologia histórico-cultural, *op. cit.*, p. 174.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>52</sup> FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família, *op. cit.*, p. 152.

<sup>53</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana, *op. cit.*, p. 440.

finalidade mais relevante da família: a realização da dignidade de seus membros como pessoas humanas concretas, em suma, do humanismo que só se constrói na solidariedade, com o outro.<sup>54</sup>

A perspectiva da família como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana evita a violação dos interesses individuais de seus componentes, privilegiando-se a dignidade das pessoas, a igualdade e a solidariedade entre elas.<sup>55</sup> É em contato com o outro que o indivíduo se promove e se constitui socialmente.

Portanto, é nesta perspectiva que o ordenamento jurídico visa integrar e proteger a família – tomando-a como instrumento de promoção e formação individual. A partir do momento em que essa convivência não obtém esse intuito, há um conflito que deve ser solucionado. Por isso, se não for para desenvolver/promover, a família perde sua razão de ser. E isso deve ser mais considerado ainda quando se tem presente a vulnerabilidade de seus membros, o que será analisado a seguir.

#### 2.3.4 A vulnerabilidade nas famílias

Para uma promoção plena da família e, por conseguinte, de seus membros, pelo ordenamento jurídico, urge destacar a proposta feita por Claudia Lima Marques sobre a proteção dos vulneráveis dentro do novo direito privado. Isso é necessário porque é na família que se encontra muitos indivíduos caracterizados como vulneráveis, quais sejam: a mulher, ou a criança, ou o filho, ou o idoso, ou a pessoa com deficiência, entre outros.

Cada uma dessas pessoas, ditas mais fracas em determinada situação social, recebe uma proteção especial para tornar igualitária sua condição jurídica. Essa igualdade no direito privado só será obtida por meio de uma proteção que seja específica, de acordo com a identificação das diferenças ou vulnerabilidades.<sup>56</sup>

É neste sentido que se afirma que a “proteção dos mais fracos no direito privado é um fim do direito atual”<sup>57</sup>. As pessoas devem ser protegidas de acordo com a sua singularidade para que se tornem iguais, ao menos juridicamente, não dando margem a discriminações e

---

<sup>54</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista de Direito Privado*. RDPriv 19/243, jul.-set./2004. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José organizadores. *Família e sucessões: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 470.

<sup>55</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana*, *op. cit.*, p. 445.

<sup>56</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 111.

preconceitos. Na pós-modernidade, há uma expansão dos direitos subjetivos, os quais devem se adequar as características de cada indivíduo, a fim de contemplá-lo.

Assim sendo, a família, por se caracterizar como instrumento de promoção do indivíduo e de sua personalidade, deve ser protegida de acordo com as especificidades de seus membros. Por isso, onde houver a presença do mais fraco, do vulnerável, deve ser aclamada a proteção especial conferida pelo ordenamento jurídico, em seus diversos diplomas normativos.

Giselle Câmara Groeninga destaca a vulnerabilidade do ser humano. Esta, vai além da perspectiva corporal. Destaca a autora que a vida psíquica, por si só, é muito mais frágil do que se possa imaginar. Considerando esta fragilidade, a necessidade que se tem de outrem é maior na infância, período em que se constitui a personalidade individual. Esta, para o seu desenvolvimento saudável, necessita do afeto, do amor.<sup>58</sup>

Destaca-se, ainda, que, notadamente nas famílias, vem se afirmando a necessidade de uma intervenção mínima do Estado, a fim de valorizar a autonomia privada. Por isso, qualquer ingerência estatal só será justificada, para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, se houver como fundamento a proteção dos sujeitos de direitos, especialmente dos vulneráveis, como a criança, o adolescente e o idoso.<sup>59</sup>

Dessarte, sabe-se que a família se constitui como o *locus* de desenvolvimento da personalidade e por isso é nela que, muitas vezes, se encontram os sujeitos vulneráveis, os quais devem ser protegidos de forma integral. Havendo ofensa aos direitos humanos e direitos fundamentais dos integrantes do arranjo familiar, urge a intervenção estatal, a despeito da autonomia privada, para protegê-los dos abusos de seus pares.

### 2.3.5 Proposta: diálogo das fontes para uma proteção integral

Há tempos, foi reconhecida como suficiente a teoria da completude do ordenamento jurídico, de Norberto Bobbio, na qual se preza pela eleição da melhor norma ao caso concreto, caso se configure um conflito entre as normas, por meio dos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia<sup>60</sup>. A partir da aplicação de tais critérios, haverá exclusão das

---

<sup>58</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 447.

<sup>59</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: *famílias*. V. 6. 8ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 46-47.

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 92.

normas que a eles não correspondam, já que se caracterizou uma situação de conflito entre normas.

Esse critério decorre de uma perspectiva positivista do ordenamento jurídico, em que não deve haver contradição entre as normas que nele estão inseridas. Entretanto, as fontes de direito se expandem – há normas constitucionais, normas de direito internacional, entre outras – e, dentre tais diplomas, muitas vezes, não se nota antinomias, mas os diplomas conversam entre si. Diante disso, a exclusão de uma norma em detrimento de outra prejudicaria a proteção, por todos os meios normativos, da pessoa.

Considerando a era vivenciada – a pós-modernidade – Erik Jayme dá brilho ao ordenamento jurídico ao instituir a perspectiva do diálogo das fontes. Por ela, não se elege a melhor norma em detrimento de outras, já que as normas não estão em conflitos, mas em uma coordenação para uma melhor proteção da pessoa. Nessa teoria, as normas não se excluem, mas conversam entre si, daí nomeá-la diálogo de fontes.

Claudia Lima Marques defende que essa nova perspectiva propiciou uma mudança de paradigma, pois não há mais a simples revogação de normas em conflito, por meio do qual há um monólogo em que apenas uma norma dita o que é justo, mas existe uma convivência entre as normas, por meio de um diálogo, sob o enfoque da Constituição.<sup>61</sup>

Com essa mudança paradigmática, na qual não se deve excluir as antigas teorias, mas coordená-las, a autora retoma os critérios de Bobbio com uma nova roupagem. Define a hierarquia não como a exclusão de uma norma inferior por uma norma superior, mas como a coerência estabelecida pelos valores constitucionais prevalecendo, sempre, os direitos humanos; a especialidade abandona a premissa de que norma especial derroga norma geral para traduzir a ideia de uma complementação ou subsidiariedade pelas normas especiais, aplicando-se as mais valorativas em um primeiro momento e posteriormente as outras; e, por fim, a anterioridade abandona a ideia da data de promulgação da lei, para dar vazão à adaptabilidade de cada norma criada pelo legislador dentro dos valores insertos no sistema jurídico, em um verdadeiro diálogo.<sup>62</sup>

Essa modificação teórica é decorrência da própria complexidade da vida atual, em que há uma perspectiva dinâmica das relações sociais e afirmação dos direitos fundamentais e da dignidade humana como valores superiores do ordenamento jurídico, segundo Bruno

---

<sup>61</sup> MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coordenadora). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 29.

<sup>62</sup> MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme, *cit.*, p. 31.

Miragem.<sup>63</sup> Diante disso, com a pluralidade de fatos sociais e fontes normativas para os regulamentarem, é que se exige um novo método que proporcione, para além do critério de compatibilidade ou não contrariedade entre normas, um caráter valorativo e promocional do direito.<sup>64</sup>

Sabe-se que o ser humano é a mola propulsora de todos os sistemas, do econômico, jurídico ou social, por isso ele deve ser promovido de forma holística, por meio da garantia de sua dignidade<sup>65</sup>. Esta está insculpida no texto Constitucional, entretanto, não é só de lá que se retira todo o substrato protetivo.

Assim, esclarece César Fiuza para quem a Constituição é a “fonte matricial”, entretanto não se deve afastar o permanente diálogo entre as diversas fontes. Cita o autor que o Código Civil e a Constituição, por exemplo, estão em permanente diálogo, assim como outras leis e a Constituição. Há a jurisprudência e a doutrina, como também existem as fontes não escritas, como os costumes. Todas essas fontes estão em constante diálogo, segundo o autor.<sup>66</sup>

Por meio dessa teoria, é possível conceder à pessoa uma proteção integral, já que uma norma, em alguns casos, não é suficiente para garantir e resguardar toda a dignidade humana almejada. O sistema jurídico, por essa perspectiva, passa a ser mais flexível, aberto e receptivo a novas formas sociais. É a partir dessa perspectiva que há a confluência entre o direito público e privado, a fim de promover o indivíduo.

Em âmbito familiar, em que se protege precipuamente os integrantes do arranjo familiar, o diálogo de fontes mostra-se imprescindível, já que a ingerência estatal só poderá estar presente em caso de violação a direitos humanos, direitos fundamentais, direitos de personalidade de seus membros e para proteger essa cartela de direitos um colóquio entre os diversos diplomas mostra-se imperioso.

Torna-se ainda mais relevante essa teoria em espaços familiares em que haja a vulnerabilidade individual. É neste âmbito que o diálogo de fontes se torna obrigatório. A vulnerabilidade merece uma proteção holística, que só ocorrerá com a interação de diversos diplomas normativos existentes.

---

<sup>63</sup> MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coordenadora). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 71.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>65</sup> FIÚZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 227.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 232.



Conseqüentemente, é neste contexto protetivo que devem ser acionadas as diversas fontes protetivas do ser humano e da sua dignidade. É por meio desse diálogo constante em que se reafirma a pluralidade das famílias, a dignidade de seus membros e sua autonomia no que tange ao gerenciamento dos próprios sentimentos. O aparato judiciário só deverá ser acionado em casos de violação aos direitos humanos e direitos fundamentais de seus membros, sob pena de caracterização de uma indevida ingerência na vida privada.

### 3 OS CONFLITOS FAMILIARES

As famílias contemporâneas são vistas como instrumento de realização da pessoa, como foi bem abordado no capítulo antecedente. Essa unidade familiar nem sempre permanece em um estado de paz perpétua, pois o ser humano é marcado por conflitos, sejam eles internos ou externos. Logo, a família se torna o primeiro palco para os descontroles emocionais, afetivos, psicológicos, entre outros.

É na família que, por conseguinte, aprende-se a lidar com os conflitos. As adversidades ocorrem e é por meio do exemplo dado no seio familiar que grande parte das crianças se inspirarão para resolverem futuras controvérsias. Por isso, sendo a família o *locus* do afeto, quando da ocorrência de uma divergência, o afeto também deverá estar presente.

Segundo Carlos José Cordeiro, o Direito das Famílias se apresenta como o local vestibular da ocorrência de conflitos e em que “a complexidade das relações humanas se expressa com maior força”.<sup>67</sup> Diante disso, considerando o Direito como instrumento de pacificação e coordenação social, deve haver uma atenção especial quando a questão é a família. Esta é o substrato psíquico-físico-social da pessoa, o que garante, por ricochete, a dignidade dos indivíduos em sociedade.

De forma brilhante, Giselda Maria Fernandes Hironaka esclarece que “em nenhum outro lugar, que não a família, as dores, quando existem, são mais duras e angustiantes.”<sup>68</sup> São mais duras e angustiantes porque aqui está a se lidar com sentimentos, o incompreensível sentimento, o qual muitas vezes não se consegue dominar pela racionalidade. Já dizia Rubem Alves que “Somos donos dos nossos atos/ mas não somos donos dos nossos sentimentos./

---

<sup>67</sup> CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013, p. 484-485.

<sup>68</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Um devaneio acerca da ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 435.

Somos culpados pelo que fazemos/ mas não pelo que sentimos./ Podemos prometer atos,/ mas não podemos prometer sentimentos./ Atos são pássaros engaiolados./ Sentimentos são pássaros em voo.” Logo, lidar com os sentimentos, que nada mais são que pássaros em voo, é uma missão robusta que deve ser tratada com a seriedade necessária.

Como já foi salientado, é no espaço familiar que se vive as iniciais experiências conflitivas e é com elas que as crianças aprendem a lidar com os conflitos. Nessa situação, pode haver famílias que simplesmente negam os conflitos e outras que tendem a expandi-los, transformando o ambiente familiar em um ambiente inóspito<sup>69</sup>, que não pode mais servir como fator de desenvolvimento da personalidade, em alguns casos.

Gilles Lipovetsky, em sua obra *a sociedade da decepção*, escreve sobre esses conflitos familiares

Separações, divórcios, conflitos relativos à guarda dos filhos, ausência de comunicação íntima, provável depressão subsequente, tudo isso atesta as desilusões que podem advir da vida amorosa. Nesse sentido, merece crédito o que diz Rousseau: por ser o homem um ser incompleto, incapaz de bastar a si próprio, sente necessidade de outros para se desenvolver. Mas se a felicidade depende dos outros, então o homem está fatalmente condenado a uma ‘felicidade frágil’. Depositamos enormes esperanças em determinada pessoa; esta, porém, se afasta de nós rapidamente ou usa subterfúgios para nos evitar; não a possuímos mais; ela muda, nós mudamos. Assim, nossas mais radiantes expectativas se revelam um grande equívoco.<sup>70</sup>

É nesse momento que surgem os conflitos. As pessoas, em regra, esperam muito das outras pessoas, as quais possuem a própria individualidade e não são capazes de atender a determinadas expectativas. Diante disso, surgem os diversos conflitos que se presencia no âmbito familiar: separações, disputa de guarda dos filhos, pensões alimentícias, entre outros. Nesse cenário, a comunicação já se esvaiu dando abertura para a configuração do conflito.

Nas famílias, há conflitos entre casais, entre irmãos, entre pais e filhos; conflitos que decorrem da união, do nascimento de filhos, do envelhecimento, da adolescência; há até conflitos por disputas de afetos, por preferências e ciúmes, segundo Malvina Ester Muszkat.<sup>71</sup> E as razões que geram tais conflitos, entre outras são: “introjeção de regras e valores, avaliações saturadas de projeções e idealizações, competitividade, jogos de poder, ciúmes e

<sup>69</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*. 3ª ed. São Paulo: Summus, 2008, p. 61.

<sup>70</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Tradução: Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 19-20.

<sup>71</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*, *op.cit.*, p. 62.

sentimentos de abandono.”<sup>72</sup> Com isso, o bem estar das relações sociais sofre um grande abalo refletindo nas relações dos cidadãos com a própria sociedade.

É sabido que nas relações familiares espera-se a fidelidade, o respeito mútuo, o saber ouvir, a compreensão do outro. E os conflitos, ao longo da vida, aumentam em complexidade, seja porque há uma heterogeneidade do contexto em que se vive; uma expansão da quantidade de relacionamentos; e, também, pela conscientização dos direitos individuais e coletivos, entre outros.<sup>73</sup>

Nesta conjuntura, tendo em vista a especificidade de um conflito familiar, em que se envolve uma relação pré-existente e tem como protagonistas sentimentos e afetos abalados, para lidar com ele deve haver um método mais humanizado, que seja capaz de acolher cada indivíduo em sua subjetividade que integra a relação conflitiva. E, ainda, o mais importante, é necessário que existam profissionais preparados para acolher as demandas familiares.

Diante de um conflito familiar, muitas vezes, insiste-se apenas na morte e na adversidade dele, quando cada um dos contendores têm nas mãos uma chance de transformar o desejo de dominar o outro em uma perspectiva de libertação do outro, pois o amor é libertação, prefere-se, pois o sentido da conciliação ao sentido da ruptura.<sup>74</sup>

O pano de fundo nos conflitos de família, em muitos casos, é o mesmo: “as divergências relacionadas à aceitação do outro tal como ele é e deseja mesmo ser”<sup>75</sup>. Aceitar o outro como ele é, sem dar-lhe cores da imaginação, é tarefa árdua e realista, que, muitas vezes, pelo encanto do amor, torna-se um objetivo longínquo. Desse modo, em muitos casos, o choque com a realidade propicia conflitos, pois a mudança gera conflitos; a aceitação das pessoas como elas realmente são e não como cada um gostaria que fosse gera conflitos ainda maiores.

Por isso, até aqui já foi notado que aqueles que lidam com os conflitos familiares devem estar preparados e precisam considerar que eles são marcados pelo afeto, aspecto esse que destoa totalmente das demais relações humanas que são contempladas no mundo jurídico.<sup>76</sup> Diante desse diferencial, deve haver um método capaz de englobar o conflito em todas as suas perspectivas, principalmente a subjetiva.

---

<sup>72</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*, op.cit., p. 34.

<sup>73</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 30.

<sup>74</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Um devaneio acerca da ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, op. cit., 2006, p. 435.

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> Idem.

Sugestiona-se, neste trabalho, a mediação, a qual é “bastante oportuna nos casos em que há relação estreita entre as partes, bem como a pretensão de continuidade dos vínculos, de modo que possam ser trabalhados os anseios dos envolvidos, de forma prospectiva, vale dizer, idealizando como o relacionamento será no futuro.”<sup>77</sup>

A mediação pode ser um instrumento hábil para desvendar a complexidade das relações familiares, pois ela “para além de investigar qual o pedido que se faz em relação ao outro (posição), permite identificar qual o verdadeiro interesse que move a situação de discórdia.”<sup>78</sup> E, ainda, “a mediação revela sua relevância ao permitir que, em se tratando de questões tão íntimas e afetas ao âmbito privado, os conflitos de família sejam solucionados exatamente por aqueles que nele se envolvem.”<sup>79</sup>

Destaca-se, por oportuno, que os profissionais que atuarão no processo mediativo devem ter a sensibilidade de compreender que se lida com relações humanas, tendo um conhecimento interdisciplinar, em que se destaca que as demandas familiares, as quais necessitam ser caracterizadas por um espaço de fala e escuta; devem permitir a transformação dos conflitos e não a mera solução. Isso se justifica pelas relações familiares envolverem emoções e afetos e por isso não devem ser reduzidas a uma mera solução, mas a uma transformação.<sup>80</sup>

Portanto, a família é o primeiro palco das controvérsias humanas, para muitas pessoas. E é nele que também se vislumbra o modo de solucionar essas controvérsias, cabendo aos educadores exemplificar um método saudável e não destrutivo. Ainda, os conflitos familiares possuem uma característica que os distinguem das demais contendas – o sentimento. E, por isso, métodos tradicionais não dão o alívio necessário às partes, as quais precisam voltar a dialogar e dar a oportunidade ao outro de se expressar. Dessa forma, as demandas familiares devem ser solucionadas por um diálogo mútuo, um espaço de fala e escuta para uma melhor promoção individual das pessoas envolvidas na divergência.

---

<sup>77</sup> CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária, *op. cit.*, p. 487.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 495.

<sup>79</sup> *Idem*.

<sup>80</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Prática da mediação: ética profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). Família e Dignidade Humana: *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 56.

### 3.1 Conflitos

Sabe-se que a vida em sociedade é marcada por conflitos, sejam eles de ordem psicológica, física ou social. Esses conflitos podem ser unipessoais, do próprio indivíduo, caracterizados como intrapessoais; ou podem ser entre pessoas – os conflitos interpessoais. Aquele, em uma perspectiva psicanalítica, pode impulsionar o conflito interpessoal “provocando algumas vezes interações caóticas que impossibilitam o diálogo.”<sup>81</sup> E, ainda, destaca-se que “não se pode viver sem estar, em alguma medida, em desencontro consigo mesmo, e não há apaziguamento absoluto que possa despontar no horizonte.”<sup>82</sup>

O conflito, portanto, está constantemente presente, seja nos tecidos sociais ou até mesmo no interior de cada ser, o que é objeto de estudo da psicologia, psicanálise, entre outras ciências. Em uma perspectiva Freudiana, o conflito é visto como uma “manifestação de turbulências intrapsíquicas geradoras de comportamentos de oposição em relação aos pais, contribuindo para a ruptura da relação pais-filhos e desenvolvendo a própria identidade e autonomia de cada indivíduo.”<sup>83</sup>

Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica com clareza que os “conflitos ocorrem socialmente entre partes que se comunicam e, ao mesmo tempo, são capazes de transmitir e receber informações”. Desta forma, fica marcada então a característica inerente ao ser humano – o diálogo. Dentro de uma perspectiva comunicacional, os “conflitos correspondem a uma interrupção na comunicação ou porque quem transmite se recusa a transmitir o que dela se espera ou quem recebe se recusa a receber criando-se expectativas desiludidas.”<sup>84</sup>

Assim, o conflito corresponde, nos dizeres do autor supramencionado, a uma quebra na comunicação entre as partes. O sistema jurídico, por meio de seus aplicadores, não ambiciona, em um primeiro momento, o restabelecimento do diálogo entre as partes. Às vezes o que acontece é justamente o contrário – o aumento da barreira interposta entre as partes pela ausência da comunicação.

Primeiramente, as partes são substituídas por procuradores, os quais falam por elas. E os juízes, em muitos casos, não se interessam em dar um provimento humanitário de acordo

---

<sup>81</sup> MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. A prática moderna da mediação: integração entre a psicologia e o direito. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na Prática Jurídica*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 501.

<sup>82</sup> FONTES, Flávio Fernandes. *O conflito psíquico na teoria de Freud*. São Paulo: Psyche, dez. 2008, vol. 12, nº23, p.1.

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Raquel Alexandra Duarte. *Resolução de conflitos: perspectiva dos alunos do 4º ano do Conselho de Arruda dos Vinhos*. Universidade aberta. Dissertação. Junho 2007, p. 14.

<sup>84</sup> FERRAZ JR. , Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

com o caso em tela, mas apenas decidem consoante capitulações legais já ultrapassadas, em alguns casos. Logo, o conflito não é dirimido, já que a comunicação entre as partes não se restabelece, na maioria das vezes.

Os percalços, os conflitos, os problemas da vida devem ser enxergados como forma de transformação pessoal, espera-se que para o melhor, a fim de que o indivíduo se promova e constitua sua personalidade. Esta, como já fora abordado, molda-se de acordo com a vivência mundana, a qual sempre estará marcada pelas divergências, que dão o colorido ao viver, pois, se o mundo fosse apenas cinza, o céu azul não seria reconhecido em toda a sua beleza.

Já dizia Fernando Pessoa que “quanto mais diferente de mim alguém é, mais real me parece, porque menos depende da minha subjetividade.” Em sua aguçada percepção, o poeta descreve o quão importante é o reconhecimento do outro em sua diferença. Nas relações pessoais, as projeções de expectativas individuais em outrem, sem o reconhecimento do outro em sua individualidade, geram conflitos, por óbvio.

Os conflitos não devem sempre ser tomados em uma acepção negativa, sendo ordinariamente destrutivo, porque, em muitos casos, é por meio do conflito que se chega a “uma nova diretriz de vida mais favorável”<sup>85</sup>. O que deve ser considerado como algo prejudicial é “a falta de habilidade de lidar com as discórdias.”<sup>86</sup>

Paulo Nader é elucidativo ao explicar que vivemos em um

Cenário de lutas, alegrias e sofrimentos do homem, a sociedade não é simples aglomeração de pessoas. Ela se faz por um amplo relacionamento humano, que gera a amizade, a colaboração, o amor, mas que promove, igualmente, a discórdia, a intolerância, as desavenças. Vivendo em ambiente comum, possuindo idênticos instintos e necessidades, é natural o aparecimento de conflitos sociais, que vão reclamar soluções. Os litígios surgidos criam para o homem as necessidades de segurança e de justiça. Mais um desafio lhe é lançado: a adaptação das condutas humanas ao bem comum. Como as necessidades coletivas tendem a satisfazer-se, ele aceita o desafio e lança-se ao estudo de fórmulas e meios, capazes de prevenirem os problemas, de preservarem os homens, de estabelecerem paz e harmonia no meio social.<sup>87</sup>

Os conflitos, portanto, permeiam as relações sociais. Diante disso, eles não devem ser tomados em uma acepção destrutiva, mas, por um “ponto de vista constitutivo, o conflito propicia condições de crescimento e transformação sempre que, por intermédio da

---

<sup>85</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 107.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>87</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25.

flexibilização do desejo, atinge-se a noção de alteridade.”<sup>88</sup> Logo, a partir da empatia deve ser facultado às pessoas em uma relação conflituosa o reconhecimento do outro e da própria subjetividade.

E, ainda, destaca-se que se esses conflitos ocorrem em uma relação familiar, em que o afeto é o substrato, este também deve estar presente “na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos.”<sup>89</sup> E com isso, defende Giselda Hironaka que

[...] o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; O afeto-dignidade. Positivo ou negativo... O imorredouro afeto.

Por conseguinte, o afeto deve estar na construção da relação afetiva, mas também no seu desenlace, criando uma película protetora para as pessoas, para além da dose necessária de sofrimento que não se pode evitar.<sup>90</sup> E os conflitos, quando surgem, propiciam a interrupção do diálogo, ocasionando falhas comunicativas que, não raramente, implicam em interpretações errôneas que geram mais conflitos.<sup>91</sup>

### 3.2 *É possível uma solução plena?*

A resolução plena de um conflito é difícil de ser lograda. Resolver é encontrar uma solução, a qual muitas vezes não pode ser vislumbrada de imediato. Em se tratando de conflitos familiares, ainda mais difícil, pois para eles não há compatibilidade com soluções imediatas, já que está a se lidar com o afeto, com sentimentos. Por isso, preza-se por uma transformação saudável da situação conflitiva, a fim de que sejam ocasionados benefícios para todas as pessoas nela envolvidas.

Para a transformação de conflitos, existem processos destrutivos e processos construtivos, que foram trabalhados por Morton Deutsch. Um processo destrutivo de resolução de conflitos é caracterizado por: um enfraquecimento ou rompimento da relação

<sup>88</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*, op. cit., p. 27.

<sup>89</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Um devaneio acerca da ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, op. cit., p. 436.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*, op. cit., p. 33.

social preexistente; há a tendência de expansão dos conflitos; o conflito assume, em muitos casos, uma roupagem diversa das suas causas iniciais. Logo, ocorre uma acentuação dos fatores conflitivos que decorre da forma inapropriada de resolver o conflito.<sup>92</sup>

Em contrapartida, processos construtivos de transformações de conflitos ocasionam um fortalecimento da relação preexistente à disputa, caracterizando-se por: o estímulo de soluções criativas construídas pelas próprias partes; a motivação de todos os envolvidos para que pensem prospectivamente e resolvam as demandas sem atribuição de culpas e sem a eleição de um vencedor e um vencido; e o diálogo sobre qualquer questão que esteja afetando a relação entre as partes.<sup>93</sup>

Deve receber destaque que “[...] os indivíduos que estão diante de situações conflituosas podem estar buscando novas soluções para sua individualidade, assim como formas mais maduras de interação nos seus relacionamentos,”<sup>94</sup> e não apenas a adversidade ou a contraposição como se é propagado pela cultura das demandas em massa.

Assim, o conflito pode ser definido “como um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergências entre as pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas.”<sup>95</sup> E ele deve vir a ser solucionado por meio de processos construtivos, em que se mantenham os laços sociais pré-existentes à contenda e, por isso, transformem os conflitos em experiências de aprendizagem e amadurecimento pessoal.

### *3.3 O diálogo como fonte de solução de conflitos familiares*

O diálogo é meio de troca de informações, experiências, ideias, opiniões. É instrumento de promoção individual, já que por meio do diálogo os indivíduos estabelecem uma oportunidade de falar e escutar o outro dando margens à experimentação da empatia. Logo, é por meio do diálogo que os conflitos podem sofrer uma transformação construtiva, pois os próprios participantes da situação conflitiva buscarão soluções criativas para os conflitos vivenciados na família, com a manutenção de uma relação pré-existente saudável.

---

<sup>92</sup> AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*, op. cit., p. 28.

<sup>95</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*, op. cit., p. 35.



Com o estabelecimento do diálogo entre as partes “o que se tenta é atender ao reclamo de uma parte em relação à outra.”<sup>96</sup> E, nesse caso, a transformação do conflito se dá pelos próprios envolvidos na contenda e não mais é adjudicado a um terceiro imparcial. Logo, há troca de informações e impressões entre as partes, propiciando uma solução mais pacífica dos problemas.<sup>97</sup>

A cultura demandista, que será analisada no próximo capítulo, implica em provar no âmbito Judiciário quem está com a razão, o que dificulta o processo dialogal, já que, ainda, não é estimulado esse diálogo nos Tribunais, na maioria dos casos. Por isso, resta ausente a perspectiva de ouvir o outro, principalmente quando se discorda do seu ponto de vista ou quando se tem percepções preconceituosas sobre o indivíduo ou em relação ao que pode vir a ser dito.<sup>98</sup>

Outro fator que amplifica esse não fomento à comunicação é

[...] a dificuldade que as pessoas têm de se sentir “julgadas” emocionalmente, porque precisam se ver sempre como “justas e racionais”. A maior parte dos conflitos é resultante de mecanismos defensivos cuja origem reside em pressupostos da cultura ocidental que maximizam a necessidade de sermos sempre vencedores, julgando negativamente a condição de perdedor.<sup>99</sup>

No que tange aos conflitos familiares, todos estão sujeitos a perder e ganhar. E, por isso, não tem como se estabelecer um vencido ou um vencedor. Essa dicotomia, que é própria dos processos judiciais, não se adequa ao desenvolvimento e à promoção dos indivíduos no âmbito familiar. Isso se torna ainda mais nítido diante de situações em que se devem preservar as relações sociais pré-existentes para o bem-estar de um filho, por exemplo.

A mediação resplandece como palco de incentivo ao diálogo e por isso é o método a ser analisado no presente trabalho. Tanto é verdade que ela não é mais considerada como um método de mera resolução de conflitos, já que

[...] em que pese isso possa ocorrer, a mediação deve ser considerada, acima de tudo, como procedimento facilitador do diálogo entre as pessoas, de modo a ampliar a capacidade comunicativa daquelas que estiverem envolvidas na

---

<sup>96</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>97</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*, op. cit., p. 12.

<sup>98</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*, op. cit., p. 63.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 64.

controvérsia, a fim de que elas possam dar o melhor rumo às suas próprias vidas, independentemente da efetiva composição do litígio.<sup>100</sup>

Observa-se que a visão tradicional de resolver conflitos, que muitas vezes os amplifica, não é o objetivo final do processo de mediação. Este visa à promoção das pessoas, enaltecendo sua autonomia em direcionar a própria vida e os problemas, sem que para isso precise destruir a vida de outrem com perseguições banais. Logo, o objetivo visado é uma promoção do diálogo entre as pessoas que estão em conflito de forma que, em situações posteriores, elas próprias possam “idealizar e efetivar novas formas de relacionamento, buscando, assim, a continuidade dos vínculos, o que se mostra fantástico no âmbito familiar no qual o liame entre as pessoas é eterno.”<sup>101</sup>

Águida Arruda Barbosa esclarece que a mediação propicia “quatro efeitos fundamentais: o resgate da comunicação; o despertar da responsabilidade; mudanças; o reconhecimento de um amor ‘possível’”.<sup>102</sup> O resgate da comunicação faz com que haja um diálogo saudável entre as partes, no qual cada uma delas tenta buscar formas criativas de solução de conflitos. E o despertar da responsabilidade confere autonomia aos indivíduos, os quais foram acostumados a transferir seus problemas ao Poder Judiciário. Nota-se, assim, que com essas modificações, os indivíduos lograrão a promoção individual e a autonomia pessoal.

A autora esclarece que com a retomada da comunicação

[...]sempre surge um questionamento sobre o que restou do amor, ou se ainda são dignos do amor dos filhos, assim como as crianças também questionam se continuarão a ser amadas pelo pai e pela mãe. Dessa forma, a Mediação se traduz em uma forma amorosa de tratar o desamor e conscientizar do “amor possível”.<sup>103</sup>

O diálogo é restabelecido por uma forma não invasiva e sem maiores complicações para ambas as partes. Isso ocasiona a permanência das relações sociais pretéritas para o bem-estar de cada um e, conseqüentemente, da própria sociedade. E, ainda, o diálogo aliado à

<sup>100</sup> CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*, op. cit., p. 486-487.

<sup>101</sup> CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*, op. cit., p. 495.

<sup>102</sup> BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. 2003. 135 f. (Mestrado em Direito Civil) – FDUSP, pp. 88-92.

<sup>103</sup> Idem.

cooperação e ao respeito fará com que todos saiam ganhando com o conflito e sua resolução ou transformação.<sup>104</sup>

Vale ressaltar que a mediação, a qual visa desenvolver o diálogo entre as partes, “não é uma fórmula mágica que obterá a solução definitiva para qualquer conflito familiar [...] não é aspirina (hoje utilizada para todos os tipos de enfermidades e não apenas como outrora, somente para dores de cabeça.”<sup>105</sup> E, por isso, o que se pretende com a mediação é apenas a adoção de uma postura mais responsável pelas decisões futuras que irão veicular a vida das pessoas envolvidas em relações de afeto.

Diante do exposto, o diálogo, por meio da mediação, pode ser uma fonte de solução de conflitos familiares e um método mais efetivo para transformá-los, pois é marcado pela comunicação entre as partes. Posteriormente, será feita uma análise sob a ótica filosófica e, por fim, analisar-se-á a possibilidade de introduzir, efetivamente, esse novo paradigma em âmbito jurídico.

### 3.3.1 Análise filosófica

Sócrates, o filósofo que nada escreveu, legou para a humanidade a importância do diálogo. Para ele, a arte de gerar ideias – Maiêutica – só pode ser exercida por meio do diálogo, o qual é composto pela fala, pela escuta e por meio dele surgem as ideias. Por isso, ele afirmava que entre indivíduos que apenas discursam entre si não há diálogo, propriamente, o qual só surgirá no exercício de falar e escutar o outro e também a si próprio, em um exercício de auto-reflexão.<sup>106</sup>

Quem propagou os ensinamentos deste filósofo foi Platão, que redigiu obras que descrevem diálogos entre o grupo para a propagação do conhecimento. Platão narra o diálogo de forma descritiva com riqueza de detalhes das conversas ocorridas. Sócrates, portanto, interagia com as multidões, a fim de retirar e produzir suas verdades filosóficas.

Friedrich Nietzsche, filósofo alemão, em sua obra – *Humano, demasiado humano* – define o diálogo como a conversa perfeita, na medida em que tudo que uma pessoa fala possui sua cor, seu tom, o gesto de acompanhamento de acordo com quem se fala, ou seja, a depender da pessoa com quem se fala, modifica-se a maneira de dialogar. Para ele, no

<sup>104</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*, op. cit., p. 107.

<sup>105</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: *famílias*. V. 6. 8ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 151.

<sup>106</sup> CÁRDIAS, Sibeles Macagnan. *O diálogo como elemento mediador de práticas educativas reflexivas*. Disponível em < <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/022e4.pdf> > acessado 06/07/2014, p. 2.

diálogo, há apenas uma refração do pensamento, qual seja a sua produção pelo interlocutor “como o espelho no qual desejamos ver nossos pensamentos refletidos do modo mais belo possível.”<sup>107</sup>

Martin Heidegger, também um filósofo alemão, trata em sua obra sobre o *corresponder*; para ele, “o corresponder escuta a voz do apelo do ser do ente. O que como voz do ser se dirige a nós, dis-põe nosso corresponder.” Esse corresponder significa então “ ser dis-posto entre *disposé*, a saber, a partir do ser do ente. Este cor-responder é um falar. Está a serviço da linguagem.”<sup>108</sup>

Logo, a importância do diálogo sempre foi considerada uma questão de análise filosófica. Ele propicia o nascimento de ideias; é palco para reflexão e análise do outro. É por meio do diálogo que se possibilita a existência da empatia e reconhecimento do outro. Em vista disso, é um instrumento de suma importância para as tratativas sociais.

### 3.3.2 Possibilidade jurídica

O método dialogal, representado pela mediação, confere uma opção de suma relevância para a transformação dos conflitos familiares. É sob essa perspectiva que o ordenamento jurídico brasileiro tem recepcionado a mediação, como uma forma de solução de conflitos. A lei 13.140/2015, a qual é considerada pelos doutrinadores como o marco da mediação no Brasil, regulamenta as disposições concernentes ao procedimento de mediação no território brasileiro.

E, ainda, o Código de Processo Civil – lei 13.105/2015, em uma mudança de paradigmas, adota em seu seio novas formas de resoluções de conflitos no âmbito judiciário, dentre elas a mediação, para além dos estritos provimentos jurisdicionais. A tendência, portanto, é aumentar as opções individuais e instigar uma mudança de mentalidade, com o fito de que as pessoas reconheçam que existem outras formas de pacificação das controvérsias, para além de um provimento jurídico formal.

Nesse sentido, vale transcrever o apontamento de Carlos José Cordeiro e Priscila Aparecida Lamana

Ressalta-se, contudo, que, embora a mediação, assim como outros métodos alternativos de resolução de conflitos, tenha nascido como algo não

<sup>107</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 196.

<sup>108</sup> HEIDEGGER, Martin. *Que é isto – A filosofia? Identidade e diferença*. 2ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2009, p. 28 e 33.

institucional, a tendência que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro foi justamente a de abrir espaço para que tais práticas se incorporassem ao sistema judiciário propriamente dito.<sup>109</sup>

Destarte, com essa mudança de paradigma, o ordenamento jurídico lograr-se-á efetivo, já que é sabido da inefetividade do sistema jurídico, principalmente, nas contendas familiares. As pessoas, na busca de sua personalização, devem ter novas opções para dirimir suas controvérsias. Por isso, a imparcialidade do terceiro adjudicador dos conflitos já não satisfaz mais a sociedade atual, a qual visa emancipar e promover os indivíduos que a compõe.

#### 4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A (IN)EFETIVIDADE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A era pós-moderna acima descrita, marcada pela pluralidade, complexidade, diversidade, fragmentariedade, entre outras características, personaliza os indivíduos no trato de suas relações sociais. Estas se expandem e, inevitavelmente, os conflitos sociais aumentam. Como exemplo, as famílias passam a se constituírem por diversos arranjos, o que implica em novas formas sociais das quais podem advir diferentes controvérsias.

Esse período ocasiona o que se denomina uma crise no âmbito jurídico.<sup>110</sup> Os valores até então considerados como basilares para o ordenamento jurídico, tais como: validade, legalidade, ordem, impositividade, resultantes das ideias liberais que lastream o Estado de Direito e a dogmática jurídica até o século XX, cedem espaço à realidade em si, em detrimento da abstração conceitual. É com a pós-modernidade que se critica e se desmantela as verdades modernas, demonstrando-se que a ordem formal, o irreal, almejada pelo ordenamento jurídico está em grande descompasso com a ordem social, onde vige o real, o que leva Eduardo Carlos Bianca Bittar a denominar essa perspectiva de surreal<sup>111</sup>.

Para a desconstrução das verdades modernas, vão surgindo: críticas à efetividade do direito como instrumento de pacificação da sociedade; e novas formas de soluções de conflitos – como a mediação, a conciliação, a arbitragem, entre outras. Sendo assim, o

---

<sup>109</sup> CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. In.: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*, op. cit., p. 489.

<sup>110</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. *Revista sequência*, nº 57, p. 131-152, dez. 2008, p. 142.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 147.

formalismo exacerbado advindo da época moderna já não satisfaz a expansão dos problemas sociais, que restam inatendidos pela ordem jurídica.

A lei não acompanha, de forma célere, as transformações comunitárias, pois ela tem um papel conservador e retrospectivo, já que disciplina aquilo que passou e o que pode acontecer no presente, abandonando uma ótica prospectiva. À vista disso, a lei está quase sempre desatualizada e, em contrapartida, as manifestações sociais estão em constante mutação.

Nesta mesma perspectiva, o filósofo do direito António Castanheira Neves afirma que, sociologicamente, o direito se apresenta normativamente inadequado e institucionalmente insuficiente, já que não confere às novas questões sociais suscitadas respostas ou soluções coesas e não possui uma capacidade institucional para propiciar tal resposta.<sup>112</sup> Assim, o sistema jurídico que surge, precipuamente, para resolução de conflitos/problemas, mostra-se sem efetividade diante da realidade contemporânea.

Para aprimorar o provimento jurisdicional, deve-se valorizar o indivíduo em sua especificidade, perquirindo as causas primevas que ocasionaram a situação conflituosa, a fim de transformar o conflito e as próprias pessoas dele integrantes. Apenas dessa forma lograr-se-á a experiência de uma verdadeira pacificação social. Para tanto, deve haver um pensamento jurídico ordenado para a “suprema axiologia da existência humana comunitária”<sup>113</sup>, independentemente se a forma de pacificação social seja em âmbito judicial ou extrajudicial.

Após uma breve contextualização do período atual e seus reflexos na expansão dos conflitos sociais e uma sucinta análise do panorama crítico do estado do Direito, passa-se à uma reduzida análise de como se dá a resolução dos conflitos em âmbito judicial.

O sistema judiciário não visa, desde já vale ressaltar, resolver os conflitos de forma holística. Nele, o que acontece é o estabelecimento de quem tem direito dentro dos moldes legais. Muitas vezes, as causas que deram origem aos conflitos ficam relegadas por não serem conhecidas pelo sistema jurídico. Para modificar esse quadro, o formalismo advindo da modernidade, que buscou uma ilusória segurança jurídica, deve ceder espaço para a axiologia-normativa do sistema, com o propósito de que haja a promoção da pessoa e, para esse fim, surgem novos métodos de solução de conflitos.

---

<sup>112</sup> NEVES, António Castanheira. *O Direito Hoje e com que Sentido? O problema atual da autonomia do Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012, p. 10.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 70.

A ilustre jurista Ada Pellegrini Grinover relata que a sociedade atual é altamente conflitiva, o que pode ser ocasionado pela finitude e, conseqüentemente, a insuficiência dos bens, sejam eles materiais ou imateriais, para a satisfação do homem. Há, por isso, uma escassez de recursos. Pontua também que a concentração desigual das riquezas idênticamente se apresenta como um fator condicionante para que as pessoas se envolvam em situações conflitivas. E acrescenta, de forma elogiável, que a própria estrutura político-administrativa do Estado, a qual tem como característica a sua ineficiência e o desrespeito pelos direitos pessoais, aguça, ainda mais, a tendência à uma judicialização dos conflitos – para ilustrar, tome-se o exemplo da judicialização da saúde, o que é sintoma do desprezo estatal em propiciar uma saúde de qualidade para os seus cidadãos.<sup>114</sup>

Com a enumeração das condições que favorecem ainda mais a judicialização dos conflitos é imprescindível um Judiciário que propicie instrumentos capazes de promover, de forma efetiva, a pacificação social e que ofereça uma “solução” mais satisfatória ao conflito. Porém, sublinha-se que os conflitos diferem entre si e, por isso, deve haver um sistema flexível para abarcar todas as manifestações sociais, a fim de angariar legitimidade social.<sup>115</sup>

Juridicamente, os conflitos se traduzem no vocábulo - lide, a qual, segundo Enrico Tullio Liebman, caracteriza-se por um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. A jurisdição estatal surge para pacificar esses conflitos de interesses, com a finalidade de obter a tão citada paz social. O provimento jurisdicional pacificador corresponde à resposta do ordenamento jurídico a determinado conflito. Entretanto, o que ocorre não é uma solução, ou eliminação ou o extermínio do conflito, mas apenas uma resposta jurídica a ele, o que não resolve o conflito, muito pelo contrário, pode até amplificar os reflexos dele.

A decisão judicial, segundo Béatrice Blohorn-Brenneur, “congela o litígio e nem sempre dá uma resposta satisfatória”, pois fica preso “à literalidade da decisão” correndo o risco de ficar estagnado. Ela aduz que, “para resolver um litígio, o juiz deve reduzir a complexidade e simplificar o conflito” de acordo com normas jurídicas, o que faz com que partes importantes dos conflitos fiquem esquecidas.<sup>116</sup>

André Gomma Azevedo, em análoga direção, expõe que aqueles que buscam o auxílio do Poder Judiciário ou dos entes sob os auspícios do Estado para solucionarem seus conflitos, reiteradamente contam com uma acentuação dos antagonismos. Isso ocorre porque os

---

<sup>114</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 33.

<sup>115</sup> Idem, p. 33.

<sup>116</sup> BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice. Justiça estatal e mediação. *Meritum*. Belo Horizonte, v. 7, nº2, p. 401-410, jul./dez. 2012, p. 404.

procedimentos abstratos desses provimentos, enquadrados em modelos de lógica jurídico-processual, mostram-se, na prática, ineficientes e, ainda, deterioram “os relacionamentos sociais preexistentes entre as partes em conflito.”<sup>117</sup> Logo, considerando que, no ordenamento jurídico, a principal função é examinar os fatos para, posteriormente, indicar o direito que se subsume a ele, o jurista deixa de fora o componente fundamental do conflito: o próprio ser humano.<sup>118</sup>

Isto posto, o sistema jurídico é visto na atualidade com duas características: traduz-se em um processo destrutivo de resolução de conflitos e possui uma linguagem binária, a qual não dá margem à criatividade daquele que analisa a situação divergente.

O processo destrutivo de conflitos, segundo Morton Deutsch, é caracterizado pelo “enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida.” Nesses processos, o conflito tende a se expandir ou se acentuar no decorrer da relação processual. Assim, ele toma uma forma totalmente independente das causas iniciais e assume um viés de competitividade e faz com que não haja a possibilidade de coexistência de interesses entre as partes. Logo, por se apresentar de uma forma ineficiente de conduzir o conflito, ele tende a se ampliar e, até mesmo, obliterar suas causas primárias.<sup>119</sup>

Em contrapartida, o mesmo autor defende que em um processo construtivo de resolução de conflitos, ao final dele as partes tonificam a relação social anterior à contenda e, usualmente, o revigoramento do conhecimento mútuo e da empatia.<sup>120</sup> E, ainda, se o conflito for conduzido de forma adequada, ele pode ser um instrumento de “conhecimento, amadurecimento e aproximação de seres humanos.”<sup>121</sup>

Quanto à linguagem binária mencionada, ela se caracteriza por ser dialética, ou seja, aceitar apenas os opostos: o certo e errado; o sim ou o não. Ao tomar uma parte como verdadeira, inevitavelmente, a outra é excluída e, portanto, aceita-se apenas uma opção, limitando a criatividade humana, no caso em análise, a do magistrado. O sistema jurídico está permeado desse “idioma”, como se nota nas seguintes alternativas: culpado ou inocente;

---

<sup>117</sup> AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 29-30.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>119</sup> AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista, *op. cit.*, p. 19.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 28-29.



procedente ou improcedente; deferido ou indeferido. Portanto, não há uma terceira opção, mas a eleição de apenas uma alternativa que se considera correta.<sup>122</sup>

Já a linguagem ternária admite a criatividade humana, a qual é infinita, logo torna imensurável o número de alternativas que podem ser criadas pelas pessoas. Esse exercício, segundo Águida Arruda Barbosa, “humaniza o homem”<sup>123</sup>. Esse pensamento se aplica à mediação, que visa o impulsionamento do diálogo entre as partes para que elas mesmas criem a alternativa mais viável ao seu problema.

A existência desse processo destrutivo em âmbito processual, assim como a predominância da linguagem binária no ordenamento jurídico, faz com que a resolução dos conflitos pela jurisdição estatal ou aquela sob o auspício do Estado se torne inefetiva, já que sua consequência no mundo social se mostra como uma intensificação do conflito e não de sua transformação.

A efetividade é aferida a depender da necessidade “das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente, da qualidade dos programas ou das instituições.”<sup>124</sup> Para obtê-la, é necessário que os operadores dos processos de resolução de disputas, sejam eles magistrados, promotores ou advogados, saiam de trás de “togas escuras” e do “manto de tradição” e auxiliem as partes que buscam a ajuda estatal para solucionarem seus conflitos de forma a instigar uma “maior compreensão recíproca, humanização da disputa, manutenção da relação social e, por consequência, maior realização pessoal, bem como melhores condições de vida.”<sup>125</sup>

Diante desse pequeno introito, far-se-á uma análise minuciosa do que vem a ser a efetividade; a formação cultural do povo brasileiro – uma cultura voltada à litigância e beligerância – o que se desmembrará: em uma pesquisa sobre quem acessa o Poder Judiciário, o porquê da necessidade de um terceiro para dar uma solução aos litígios, a ausência do diálogo entre as partes nesse âmbito e a imaturidade das pessoas em buscar solucionar as próprias controvérsias; a frieza da Justiça, em que perquire-se se é melhor um juiz imparcial ou um juiz humanitário e, ainda, principalmente, em âmbito familiarista, a insuficiência normativa diante da complexidade de novos fatos; a forma neutra de confeccionar um

---

<sup>122</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. 2003. 135 f. (Mestrado em Direito Civil) – FDUSP, pp. 88-92.

<sup>123</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas, *op. cit.*, pp. 88-92.

<sup>124</sup> AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista, *op. cit.*, p. 21.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 33.

provimento jurisdicional; a tomada do Direito como um instrumento de promoção da pessoa; e, por fim, a necessidade de desenvolvimento e aprimoramento de novas formas de solução de conflitos, a fim de conferir efetividade ao ordenamento jurídico.

#### 4.1 O que é a efetividade?

A efetividade não se confunde com a eficiência e nem com a eficácia. Ela traduz a obtenção de resultados esperados no mundo fático, no mundo real. Alguns autores a denominam de eficácia social justamente por ter como características a produção de efeitos no mundo real. Em âmbito normativo, a eficácia social é traduzida pela “concretização do comando normativo, sua força realizadora no mundo dos fatos.”<sup>126</sup>

A efetividade é, dessa forma, a materialização do direito no mundo social, o qual deve corresponder ao anseio normativo quando da formulação da norma. Logo, ela traduz o êxito, na prática, do que foi feito da maneira esperada.

Para uma melhor compreensão, devem ser analisados os conceitos correlatos: eficiência e eficácia. Aquela é a aptidão para realizar determinada atividade de forma correta, enquanto esta diz respeito a atividade em si, a ser realizada, ser correta. E, portanto, a eficiência é a obtenção de êxito no que fora proposto.

Assemelha-se a efetividade ao cumprimento da função social da norma. A Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro – decreto-lei nº 4.657/1942 – em seu artigo quinto, dispõe de forma clara que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. De forma semelhante, em um estudo sistemático do ordenamento jurídico, o Código Civil dispõe no parágrafo único, em seu artigo 2.035, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a *função social* da propriedade e dos contratos.”

Os diplomas normativos supramencionados traduzem que o resultado esperado com a aplicação do ordenamento jurídico é atingir a finalidade social, é se tornar real no mundo dos fatos. A juíza Oriane Piske argumenta que “buscar compreender os fins sociais da lei seria o mesmo que esquadrihar os princípios sociais que a informam”<sup>127</sup>. Para além de uma leitura

---

<sup>126</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *A eficácia jurídica e social (efetividade) das normas de direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%205%20-20A%20Eficacia%20Juridica%20e%20Social%20\(Efetividade\)%20das%20Normas%20de%20Direitos%20Fundamentais.pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%205%20-20A%20Eficacia%20Juridica%20e%20Social%20(Efetividade)%20das%20Normas%20de%20Direitos%20Fundamentais.pdf)> Acesso em: 18 de jan. de 2016, p. 5.

<sup>127</sup> PISKE, Oriana. Fins sociais da lei. *Revista Consulex*, nº 375, setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/fins-sociais-da-lei-juiza-oriana-piske>> Acesso em: 18 de jan. de 2017.

fria dos diplomas normativos, o que é muito simples de se fazer, a atuação de um juiz deve se pautar pelas “constantes mudanças sociais”, o que exige “sensibilidade, aperfeiçoamento e conhecimento multidisciplinar em áreas a que, às vezes, os magistrados não estão afeitos.”<sup>128</sup>

Em âmbito processual, a efetividade se traduz como princípio, segundo o qual se deve verificar as “reais consequências produzidas pelo processo.”<sup>129</sup> Entretanto, com o célere desenvolvimento social e, concomitantemente, com uma estrutura formal processualista, não se tem conseguido atender a todas as demandas de maneira efetiva. E, por isso, devem ser institucionalizados, em âmbito processual, mecanismos mais efetivos de resolução de conflitos, a fim de acompanhar as mutações sociais.<sup>130</sup>

O mexicano Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo argumentava que o processo produz muito menos do que deveria, tendo em vista os defeitos procedimentais, o que faz com que o processo se torne lento e custoso. Soma-se a isso o fato de que o processo, ao tratar do interesse juridicamente tutelado, exclui, muitas vezes, perspectivas do conflito que são tão importantes ou até mais consideráveis que aquelas eleitas para a tutela jurídica.<sup>131</sup>

Assim sendo, a efetividade se retrata no mundo fático, com produção de efeitos promissores ao seio social. Para que ela esteja presente no sistema jurídico brasileiro, deve ser suplantado o formalismo exacerbado e adotar uma postura humanitária de defesa dos direitos humanos e fundamentais, para além da letra fria da lei; e, além disso, um comportamento voltado para a mediação dos conflitos sociais, o que será abordado em capítulo vindouro. Em seguida, abordar-se-á a formação cultural do povo brasileiro – voltada para a litigância – e seus reflexos na inefetividade da sistemática jurídica.

#### 4.2 A formação cultural do povo brasileiro

A sociedade brasileira, há tempos, vem sendo domesticada e infantilizada no que tange à resolução dos próprios problemas. O Judiciário, nessa conjuntura, passa a ser o escoadouro dos mais diversificados conflitos possíveis. As demandas aumentam vertiginosamente e o Poder Judiciário passa a investir em sua ampliação estrutural para tentar atender às demandas, o que amplia ainda mais o defeito conjuntural presenciado.

---

<sup>128</sup> Idem.

<sup>129</sup> DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 23.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>131</sup> AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista, *op. cit.*, p. 18.

A produtividade é tida como fator de promoção dos magistrados, a qual visa apenas a quantidade dos provimentos dados, olvidando, por ricochete, a qualidade desses provimentos. Dessa forma, o próprio sistema coaduna com a sua falência em atender a sociedade e lograr sua verdadeira pacificação.

Para exemplificar, criou-se os Juizados Especiais de pequenas causas, os quais visavam imprimir celeridade na resolução das controvérsias, tanto que possuem como princípios a oralidade e a informalidade, porém eles já se encontram abarrotados de demandas e tão morosos quanto a própria Justiça comum. Nota-se, por conseguinte, que a questão não está em ampliar a estrutura do Poder Judiciário *ad infinitum*, mas em instigar uma mudança de mentalidade quanto aos próprios conflitos, para que as pessoas sejam instigadas a serem autônomas em face às discórdias da vida, precipuamente, nas questões em que se envolve o afeto.

A cultura que aqui se destaca, por conseguinte, é a denominada “cultura demandista ou judiciarista”, a qual faz com que o judiciário seja palco de uma progressão geométrica no número de demandas, engendrando uma ampliação da estrutura do Judiciário, para que seja ofertada uma “justiça de massa, prenhe de carência e deficiências diversas.” Há críticas no sentido de que a Justiça estatal se apresenta “lenta demais, inacessível aos excluídos, burocratizada, ineficiente e imprevisível.”<sup>132</sup>

A judicialização de conflitos é estimulada, pois em outros setores para além da Justiça, o Estado também tem se mostrado um péssimo gestor – mais uma vez, ilustra-se com a situação vivenciada pela saúde pública brasileira. Essa judicialização dos conflitos se torna inefetiva, porque, em condições ideais, o Estado deveria, seguindo o exemplo, ofertar uma saúde de qualidade. Assim, um provimento jurisdicional dado pela própria justiça estatal a fim de obrigar o Estado, ou os Entes federativos, a cumprirem uma obrigação que já deveria ter sido cumprida por eles próprios soa como uma ironia e um desrespeito aos cidadãos brasileiros.

Soma-se, ainda, a desinformação da população brasileira quanto a outras formas de resolver os conflitos – como a mediação – e com isso o número de processos judiciais apenas aumenta.<sup>133</sup> Essas outras formas de solução das controvérsias carecem de estímulo pelo Judiciário, o qual deveria ampliar sua estrutura para acolher centros especializados de mediação ou conciliação e os juízes, em suas atividades rotineiras, necessitariam agir como

---

<sup>132</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*. Vol. 888/2009, p. 9-36, out. 2009, p. 11.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 19.

mediadores, com a intenção de propiciar um provimento de qualidade, independentemente da quantidade, sem que haja a destruição das relações sociais anteriores ao processo.

Predomina no Judiciário brasileiro a chamada solução adjudicada dos conflitos, o que se dá por meio da sentença. Isso ocasiona a chamada cultura da sentença, a qual faz com que haja uma ampliação da quantidade de recursos que paralisam as instâncias ordinárias, os Tribunais Superiores e a Suprema Corte. Conseqüentemente, amplia-se a quantidade de execuções, as quais são morosas e restam-se, em sua grande maioria, infrutíferas.<sup>134</sup>

Desse modo, para além de uma cultura demandista ou uma cultura das sentenças, sugestiona-se uma publicização e instigação da cultura da pacificação, na qual preza-se pela tomada dos conflitos como parte da vida e, por isso, devem ser humanizados. É, por meio do diálogo entre as pessoas, da manutenção e não destruição das relações sociais, pelo exercício da empatia pelo próximo, que se alcançará a epifania da pessoa e o seu pleno desenvolvimento. E, ainda, a beligerância judicial, tal como foi descrita, gera apenas mais conflitos e, em contrapartida, o diálogo e a busca da compreensão do outro transformam os conflitos e torna-os vantajosos para a formação e o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

#### 4.2.1 A necessidade de um terceiro para solucionar litígios

No sistema jurídico, em decorrência da citada cultura demandista e cultura da sentença, as pessoas entregam os próprios conflitos a um terceiro imparcial – o magistrado - a fim de que ele dê o provimento adequado para a lide em apreço. Entretanto, o juiz quase nunca possui um conhecimento real do que aconteceu no mundo dos fatos, mas apenas acessa as informações selecionadas pelos advogados, que são apenas recortes da realidade. Logo, com a necessidade de formalização das lides em atos processuais, o conflito inicial se transforma nos moldes daquilo que o Direito atribui proteção.

Neste enquadramento formal, o atributo humano é relegado, quiçá o afeto e os sentimentos, principalmente no Direito das Famílias. Porém, ainda assim, talvez devido a uma falta de conscientização, as pessoas ainda preferem o auxílio de um terceiro para dirimir as controvérsias. Em um mundo ideal, nada melhor do que os próprios integrantes do problema familiar, os quais conhecem verdadeiramente a causa e a amplitude da contenda e os

---

<sup>134</sup> WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*. Vol. 195/2011, p. 381-389, maio de 2011, p. 382.

sentimentos nela envolvidos, buscarem uma transformação desse conflito em algo saudável e promissor para ambas as partes.

Este método, em que a decisão é dada por um terceiro imparcial, representante do Estado-juiz, é denominado de método heterocompositivo, também conhecido como adversarial. Essa solução, segundo Ivan Aparecido Ruiz, não é a melhor, a despeito de seu assentamento no ordenamento jurídico, pois ela nem sempre será justa e isenta de erros.<sup>135</sup>

Em se tratando de famílias, a despeito das intrigas e oposições pessoais, os laços sociais se tornam perenes em diversas situações. Carlos Drummond de Andrade, em seu poema “Memória”, escreve: Amar o perdido/ deixa confundido/ este coração.// Nada pode o olvido/ contra o sem sentido/ apelo do Não.// As coisas tangíveis/ tornam-se insensíveis/ à palma da mão// Mas as coisas fíndas/ muito mais que lindas,/ essas ficarão. Assim, em se tratando das questões que envolvem o amor, não há o esquecimento –“o olvido”, o que leva o escritor a afirmar que essas coisas, mesmo que “acabadas”, ficarão.

Por isso, nos casos em que há a necessidade de manutenção dos laços sociais, as próprias partes, por meio do diálogo, em um exercício de autonomia, deveriam buscar a transformação do conflito em um aprendizado saudável para ambas as partes. Já que o processo de transferência desse conflito para o Judiciário, em que ainda não reina a cultura da mediação e da pacificação, faz apenas exasperá-lo e transformá-lo em um problema ainda maior, aumentando, ainda mais, os ânimos das partes.

Ver-se-á que na mediação existe a presença de um terceiro imparcial, mas o que ele faz é estimular o diálogo, a comunicação entre as partes, a fim de que elas busquem a compreensão mútua, o exercício do afeto e, conseqüentemente, a resolução pacífica do problema. Na definição já abordada, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é indicado que o conflito se traduz em uma quebra do diálogo entre as partes e nada melhor para pacificá-lo do que o restabelecimento dele entre as partes.

Preza-se, desse modo, pela conscientização social, a fim de que haja uma mudança de mentalidade, para que o indivíduo se emancipe do decisionismo e alcance sua própria autonomia perante suas desavenças. E também é evidenciado que o ato de decidir o que é adequado ou não para cada um é um componente da própria situação comunicativa e ocorre dentro de um sistema de interações, já que a decisão criada por cada um terá sempre como

---

<sup>135</sup> RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o Direito de Família. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 6/2005, p. 75-105, jul.-set./2005, p. 75.

referência o outro, por isso nada melhor do que os integrantes do ato conflituoso para analisá-lo, porque eles conhecem verdadeiramente a situação.<sup>136</sup>

Portanto, a Justiça tomada como “uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa,<sup>137</sup> segundo Ingeborg Maus, talvez não se mostre tão justa assim no que tange à seara familiar. Pois, nas desavenças familiares, quem procura o judiciário está em uma situação de vulnerabilidade, fragilidade e nada melhor do que a promoção do diálogo entre as partes para a promoção das pessoas à uma decisão de um terceiro, de forma objetiva, imparcial e injusta – pois não considera a subjetividade das pessoas, e nem mesmo as pessoas integrantes do conflito.

#### 4.2.2 A ausência de diálogo entre as partes

O diálogo é o fator que impulsiona as relações sociais. Infelizmente, na grande maioria das vezes, ele só acontece para o estabelecimento de uma nova relação social – seja ela afetiva ou não – e, posteriormente, no término da relação, as pessoas nem se recordam da existência desse poderoso mecanismo. Talvez uma palavra dita de forma errada, em uma conjuntura não adequada, dê margem a grandes conflitos, os quais poderiam ser resolvidos com a abertura para a escuta do outro.

A comunicação saudável propicia a existência da empatia, ou seja, o reconhecimento das posições do outro e seus sentimentos. Retomando a já citada definição de Tércio Sampaio, o qual aduz que o conflito surge por uma barreira existente no diálogo entre as partes, a partir do momento em que o indivíduo se fecha para compreender o que o outro tem a dizer, não há mais diálogo, mas o conflito.

Em âmbito judiciário, o diálogo inexistente, porque as partes são substituídas por procuradores que expõem suas vontades em termos jurídicos. Por meio de argumentações meramente jurídicas, é desenvolvida a relação processual, que desembocará em uma decisão jurídica dentro dos termos legais. Portanto, em momento algum, há o atendimento à necessidade das próprias partes, mas apenas definições jurídicas de direitos.

Isso faz surgir ainda mais conflitos, pois, em momento algum, as partes foram escutadas e não foi dado a elas a possibilidade de um diálogo mútuo. As pessoas, então,

<sup>136</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 89.

<sup>137</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, nº 58, p. 183- 202, nov. 2.000, p. 190.

perdem a sua humanidade, perdem a capacidade de comunicação, o que é característica do próprio ser humano. Esse problema se torna bem alarmante quando estão sob questão conflitos familiares, nos quais, muitas vezes, as relações perdurarão *ad eternum*, ocasionando uma espiral de conflitos, pois não se deu importância à relação social pré-existente, mas apenas à relação processual.

Diante da inexistência de diálogo entre as partes no âmbito jurídico formalista, tal como, infelizmente, ainda é hoje, as pessoas não conseguem *a posteriori* manter a relação social pré-existente ao processo, pois nem ao menos se comunicam mais. Essa realidade continuará a ser reproduzida enquanto não houver uma mudança na cultura de resolução de conflitos, voltada para a verdadeira pacificação social e não simplesmente conformações legais. Defende-se que as pessoas devem sair desse estado de imaturidade - por transferir seus conflitos pessoais para um terceiro que determinará a direção da própria existência, em muitos casos - para lograrem a promoção pessoal por meio de sua própria autonomia, o que deve ser incentivado, até mesmo, por meio de políticas públicas.

#### 4.2.3 A imaturidade para solver as próprias controvérsias

Com o cenário descrito até então, qual seja: a inefetividade do sistema jurídico tal como se apresenta hoje, especialmente no que tange aos problemas familiares, conjugado com a cultura demandista do povo brasileiro por acreditarem piamente no monopólio estatal de pacificação de controvérsias – há a exasperação da inexistência do diálogo entre as partes e, inevitavelmente, é instigada a imaturidade das pessoas para resolverem as próprias divergências.

A maturidade vem com o aumento da responsabilidade, que significa assumir as rédeas do próprio destino e traçar os caminhos para a solução das divergências encontradas no decorrer da existência. Em contrapartida, a imaturidade surge com a transferência de responsabilidades, as quais são direcionadas a outrem para assumi-las.

No Código Civil, em seu artigo quinto, é disposto que a menoridade cessa aos dezoito anos. É uma ficção jurídica, já que a maioridade para a prática dos atos da vida civil, para muitos, não se apresenta como sinônimo de maturidade para a prática dos mesmos atos. Essa maioridade conferida pelo Código Civil, acompanhada pelo monopólio estatal em propiciar proteção individual e a cultura social em demandar o Judiciário para a solução das divergências, mesmo que ineficiente, faz com que haja a imaturidade pessoal.



O escritor inglês Charles Caleb Colton define que “a adversidade é um trampolim para a maturidade.” Logo, se o indivíduo não é capaz de lidar com as suas próprias adversidades, o trampolim estará em desuso e, portanto, não será alcançada a maturidade almejada, ou seja, a responsabilidade em assumir o seu modo de agir para com outrem.

A escritora brasileira Lya Fett Luft defende que a maturidade permite que a pessoa olhe com menos ilusão, aceite com menos sofrimento e entenda com mais tranquilidade as situações existenciais. É imprescindível para a vida, saber lidar com as adversidades, ao invés de simplesmente transferi-las a outrem para que dê o veredicto final. É só por meio desse exercício que as pessoas serão capazes de se tornarem autônomas e promoverem a própria comunidade, instigando meios de soluções mais pacíficos para os conflitos.

Por fim, destaca-se o que o físico Albert Einstein escreveu sobre a temática: “a maturidade começa a manifestar-se quando sentimos que nossa preocupação é maior pelos demais que por nós mesmos”. Entretanto, devido à era de consumo, o momento de personalização presenciado, olhar para outro e sentir a chamada empatia, torna-se um exercício para poucos. Infelizmente, o interesse pessoal sobrepõe, na maioria das vezes, o interesse coletivo.

### 4.3 A frieza da Justiça

A Justiça tal como ela se apresenta, atualmente, mostra-se como um ambiente inóspito e frio. O formalismo e a objetividade presente nos processos judiciais se destoam do subjetivismo e dos afetos envolvidos nos problemas familiares. Béatrice Blohorn-Brenneur, no mesmo sentido, esclarece que nas relações civis

[...] em que ninguém violou a lei ou uma regra de ordem pública, o pedido por justiça é, na realidade, a expressão de um sofrimento psicológico que, traduzido nos termos frios e impessoais do direito, desaparece completamente do processo, enquanto ele permanece cada vez mais presente e opressivo na pessoa.<sup>138</sup>

Esse ambiente não é um refúgio adequado para os sofrimentos pessoais, já que a eles não é dado consolo, mas simplesmente são concedidos a eles as suas transformações em argumentos jurídicos para descobrir posteriormente quem está com a razão. Porém, em se

---

<sup>138</sup> BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice. Justiça estatal e mediação. *Meritum*. Belo Horizonte, v. 7, nº2, p. 401-410, jul./dez. 2012, p. 403.

tratando de afetos, não há como definir se alguém tem razão, pois todos estão sujeitos a errar por amar e no amor.

E, corroborando o que escreveu a autora supracitada, “o ser humano não pode ser traduzido por uma equação jurídica.”<sup>139</sup> O que o Direito faz é solucionar apenas uma pequena parcela do problema, entretanto, o conflito permanecerá nos recônditos do ser humano, que voltará a confluir, mais tarde, em novas demandas jurídicas. Portanto, o fator humano é esquecido e desprezado.

Quando o indivíduo aceitou transferir seu poder a algo superior chamado “justiça”, personificada no Judiciário, ele se perdeu em meio a tantos procedimentos, perdeu sua voz, perdeu sua identidade, perdeu até mesmo o vínculo que o levou até ali. Essa situação pode ser muito bem ilustrada pela obra "O processo" de Franz Kafka, da qual se transcreve o seguinte trecho:

A única coisa que agora posso fazer, [...] é manter até o fim sereno e claro meu entendimento. Sempre quis conduzir-me no mundo com vinte mãos e além disso pretendi alcançar objetivos não muito razoáveis. Isso estava mal, e agora terei de mostrar que nada me ensinou um ano de processo? Deverei ir-me como um homem de curto entendimento? Terei de deixar-me dizer que no começo do processo eu queria já terminá-lo e aqui agora, em seu final, quero tornar a começá-lo de novo? Não quero que se diga isso de mim. Festejo o fato de que tenham dado por acompanhantes na presente etapa a estes senhores meio mudos, faltos de inteligência e que se tenha deixado a mim mesmo o encargo de dizer o que é necessário fazer.<sup>140</sup>

É notável, nessa passagem, a falta de entendimento em meio ao “processo” a que foi submetida a personagem. E isso ocorre dia-a-dia na seara jurídica, o indivíduo ingressa com uma ação e se perde em meio a tantos procedimentos, olvidando de perquirir a efetividade da decisão que será dada posteriormente à sua demanda. Tudo isso poderia ser evitado caso houvesse existido entre as partes um diálogo no qual cada uma tentasse, ao menos, compreender a outra.

A incessante busca por uma justiça que muitas vezes não se concretiza é o fantasma dos tempos atuais. “Pertencço, portanto, à justiça – declarou o sacerdote. – Por que havia de querer, então, algo de ti? A justiça nada quer de ti. Acolhe-te quando vens e te deixa ir quando partes.”<sup>141</sup> A Justiça não é vinculante, não se faz efetiva, nas palavras de Fábio Konder Comparato, “o povo não foi educado a exercer direitos e a exigir justiça, mas tem sido

<sup>139</sup> BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice. *Justiça estatal e mediação*, *op. cit.*, p. 403-404.

<sup>140</sup> KAKFA, Franz. *O Processo*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 251.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 247.

habitualmente domesticado a procurar auxílios e favores.”<sup>142</sup> Essa domesticação se sobrepõe a uma possibilidade de mediação pautada no diálogo. Essa passividade não movimentada as estruturas sociais.

Diante do exposto, Maria Helena Diniz, com sua perspicácia contumaz, citando Rodrigo da Cunha Pereira, esclarece que as questões “de direito das famílias estão sempre em torno do eterno desafio que é a essência da vida: dar e receber amor.”<sup>143</sup> Nessa hipótese, quem se direciona ao Judiciário, na maioria das vezes, está fragilizado, com mágoas, incertezas e medos. E, por isso, precisa ser recepcionado por um juiz que deve ser verdadeiramente um pacificador e que não tenha atitude moralista ou crítica para com as pessoas. Assim, “em matéria de família, mais do que a letra fria ou o rigorismo do texto legal, a norma que deve ser invocada é a que apela à sensibilidade jurídica.”<sup>144</sup>

#### 4.3.1 É preferível um juiz imparcial ou um juiz humanitário?

João Baptista Herkenhoff escreveu, de forma brilhante, que “a Justiça, toda ela, é substância humana: seus agentes, os que a buscam, os problemas que a desafiam. O drama da Justiça é o próprio drama do homem - seus voos e suas quedas, as grandezas e as misérias de nossa condição.”<sup>145</sup> Entretanto, essa lição é esquecida por muitos e o ser humano é descaracterizado em meio às lides processuais. Esse mesmo autor defende a ideia do resgate do humanismo no âmbito judiciário, para quem “o resgate do humanismo, no Direito Processual, impõe estruturas judiciárias humanizadas, concebidas a partir do interesse coletivo, exorcizadas do ranço e da mesmice.”<sup>146</sup>

O juiz exerce função primordial na transformação da Justiça. A imparcialidade dele esperada não pode ofuscar a busca pelo desenvolvimento social e humano da sociedade em que está inserido. Logo, o direito só será plenamente realizado no âmbito familiar, quando o juiz, para além de sua imparcialidade, reconhecer que está lidando com subjetividades, com seres humanos.

---

<sup>142</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. In. *Revista de Estudos Avançados*. Vol.18, nº 51, São Paulo, 2004, p. 153.

<sup>143</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 67.

<sup>144</sup> Idem.

<sup>145</sup> HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito Processual e o resgate do humanismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Thex Ed., 1997, p. 130.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 132.

Nesse sentido, chama atenção Castanheira Neves, que discorre sobre a indispensabilidade da atuação do magistrado:

Para se assumir e realizar esse direito, vimos como é indispensável o juiz. Por isso mesmo é eminente sua tarefa e nobre o papel que dele se espera. E que assuma uma responsabilidade ética de projeção comunitária. Negar-se-á nesse seu sentido se for mero funcionário, funcionalmente enquadrado e nisso comprazido, servidor passivo de qualquer legislador, simples burocrata legitimante da coação. Só o será verdadeiramente assumindo uma dimensão espiritual, e responsabilizando-se por ela, aquela mesma dimensão espiritual que radicalmente, constitui o direito como a expressão da humana coexistência, da humana convivência comunitária.<sup>147</sup>

O direito, por meio de seus servidores, tem o potencial de transformar a sociedade e mentalidades, pois ele só existe na medida em que mantém coesa a convivência humana. Um juiz imparcial, que não tem em conta a importância da promoção das pessoas e as suas subjetividades, assim como escreveu Castanheira Neves, passa a ser um burocrata legitimante da coação. Por isso, para além da letra fria da lei, deve haver uma visão de mundo mais expandida, uma interdisciplinaridade no âmbito do Direito das Famílias, para que esse universo não seja reduzido ao que fora escrito por legisladores – nada atualizados.

Carlos Ayres Britto em sua pequena obra intitulada – O humanismo como categoria Constitucional – dá uma definição desse humanismo, qual seja:

[...] toda essa histórica e formal proclamação de ser a pessoa humana portadora de uma dignidade ‘inata’ é o próprio direito a reconhecer o seguinte: a humanidade que *mora* em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano em nós.<sup>148</sup>

Logo, o Direito em todas as suas atuações deve ser capaz de sempre declarar e ressaltar essa dignidade inata e por ele reconhecida, o que nada mais é do que a exaltação da própria humanidade. O Direito passa a ser, na contemporaneidade, o instrumento para se atingir o fim almejado – o humanismo. Este se traduz na Constituição Federal por meio da enunciação do princípio da dignidade humana e da adoção do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>147</sup> NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, v. LXXIV, p. 1-44, 1998, p. 43-44.

<sup>148</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25.

O eminente jurista supracitado defende que esse humanismo se faz ainda pouco presente nas atuações do Judiciário, para ele “tem sido algo muito mais retórico do que real”<sup>149</sup>. O Sistema Jurídico, portanto, tem sido imprevidente com a concretização desse humanismo constitucionalmente assegurado. E para modificar esse quadro, deve haver uma mudança de mentalidade daqueles que aplicam o direito – os magistrados.

O Direito se apresenta de forma binária – o que não se confunde com sua linguagem – pois possui duas justiças distintas: a justiça das disposições legislativas, que é abstrata; e a justiça do caso entre as partes, que é concreta. Esta está para o homem, assim como aquela está para a humanidade.<sup>150</sup> Logo, para fazer com que elas se comuniquem deve haver um elo que se traduz no jurista.

Acontece, em realidade, é que muitas vezes se prestigia apenas a justiça abstrata em detrimento da justiça concreta, principalmente no âmbito do Direito das Famílias. Entretanto, é a justiça concreta que mais se coaduna com esse ramo do Direito, pois ela é intuída pelo sentimento, enquanto a justiça da lei é simplesmente descoberta pelo intelecto.<sup>151</sup>

Destaca-se, ainda, que essa utilização dos sentimentos no âmbito da justiça concreta é que propicia a aplicação dos valores insculpidos no ordenamento jurídico, tais como os fundamentos e objetivos da República.

Dessa forma, para além de um juiz meramente imparcial adstrito à justiça da lei, é imprescindível um juiz humanitário que reconheça o homem em concreto, o qual é portador de dores, angústias e desalentos e nada melhor do que a justiça em concreto para fazer-lhe jus, pois ela lida com os sentimentos do aplicador do direito e dá margem para que, além da letra fria da lei, sejam aplicados os valores tão caros ao sistema constitucional brasileiro.

#### 4.3.2 A complexidade de novos fatos diante da insuficiência legal

A postura humanitária acima defendida torna-se imprescindível no âmbito familiar, em que suas constantes transformações nas relações sociais não conseguem ser acompanhadas pelos legisladores, fazendo com que seja estimada a aplicação dos valores do sistema jurídico ao caso concreto.

André-Jean Arnaud segrega o direito em duas nuances – o direito imposto e o direito vivido – aquele é o aprazível para os juristas dogmáticos que seguem a estrita legalidade e

---

<sup>149</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>150</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*, op. cit., p. 58.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 73.

este é o conjunto de comportamentos que podem existir, esses dois direitos formam o que o autor denominou de direito imaginário, o qual é concebido por uma imaginação criadora.<sup>152</sup> Na perspectiva de um direito imposto, os legisladores continuam a determinar um modelo escolhido de família, o que é inconcebível como já se analisou no capítulo 2 deste trabalho.

Em âmbito familiar, não é viável definir um modelo ou modelos de relações familiares, pois elas estão em constantes transformações. As relações sociais crescem de forma exponencial, o que torna insuficiente normatizar as relações familiares. Com base em uma interpretação sistemática, colocando-se em relevância os valores do sistema, principalmente a dignidade humana, e assumindo o juiz uma postura humanitária, o Direito lograria uma maior efetividade e promoveria uma maior coesão social.

A Justiça das leis é uma justiça “fria, orgulhosa de sua imperturbável objetividade”<sup>153</sup>; é uma justiça “meramente pensada, por conseguinte, e não propriamente vivida.” Logo, essa justiça formalista não será capaz de abarcar todas as formas de relacionamento social, tornando-se insuficiente para contemplá-las. Para tanto, devem ser trabalhados os valores do sistema em prol de um humanismo promocional do indivíduo.

Roberto Lyra Filho, de forma crítica e ácida, defende que:

[...] se o Direito é reduzido à pura legalidade, já representa a dominação ilegítima, por força desta mesma suposta identidade; e este “Direito” passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério de uma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de “dogmática”. Uma ciência verdadeira, entretanto, não pode fundar-se em “dogmas”, que divinizam as normas do Estado, transformam essas práticas pseudocientíficas em tarefas de boys do imperialismo e da dominação e degradam a procura do saber numa ladainha de capangas inconscientes ou espertos.<sup>154</sup>

Assim, de uma forma um tanto quanto exagerada, mas necessária, o autor esclarece que o Direito não pode ser traduzido pela legalidade, pois esta é estática, objetiva, abstrata e fria. Logo, não consegue contemplar e dar respaldo às diversas e constantes mutações sociais. Em âmbito familiar, essa realidade é ainda mais manifesta e, por isso, deve o magistrado assumir uma postura humanitária, para que se logre uma Justiça efetiva.

---

<sup>152</sup> ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 126.

<sup>153</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*, op. cit., p. 56.

<sup>154</sup> FILHO, Roberto Lyra. *O que é direito*. 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990, p. 5.

### 4.3.3 Um sistema de retroalimentação: *inputs* e *outputs*

O sistema jurídico é formado por uma constante observação social, a fim de tornar a sociedade pacífica. Nessa análise, algumas situações sociais são selecionadas para serem protegidas pelo ordenamento jurídico, é o que se torna reconhecido pelo direito – os *inputs*. Já o que é exarado pelo direito, por meio de decisões judiciais, em sua grande maioria, configura-se nos *outputs*, que nada mais são do que respostas dadas pelo Direito a determinado litígio social.

Acontece que “o *output* fático da decisão judicial não corresponde nem de longe a essa autocompreensão nem tampouco às expectativas sociais”<sup>155</sup>, ou seja, os *outputs*, provimentos dados pelos magistrados, estão longe de atingir o que realmente a sociedade espera do Judiciário. Essa conjuntura é ocasionada pela ineficiência do Poder Legislativo em redigir normas que atendam, de forma ampla, os anseios sociais e é mais agravada pela postura legalista assumida por muitos magistrados, os quais se esquecem de sua função em promover a sociedade e as pessoas nela inseridas.

No que tange ao Direito das Famílias, os *outputs* dados pelo sistema jurídico se mostram ainda mais destoantes da complexidade das relações familiares. Os *inputs* nem se fala, já que por muito tempo tentou o legislador estabelecer um único modelo de família reconhecido, o que foi modificado com o advento da Constituição Federal, a qual trouxe uma cartela principiológica e valorativa que atende muito bem às necessidades sociais, ainda mais quando empregadas por um juiz com consciência humanitária.

Conseqüentemente, a sociedade não pode ser sacrificada pela ausência de retroalimentação adequada dada pelos *inputs*, os quais são morosos em abstrair a complexidade social e inseri-la na ordem jurídica; e muito menos, pode ser prejudicada por *outputs* vexatórios em que o elemento humano é relegado às masmorras sociais sem a importância devida.

### 4.4 A forma de confeccionar um provimento jurisdicional

Diante do descompasso da Justiça em assumir sua nuance comunitária e pela deficiência na retroalimentação do próprio sistema por meio de *inputs* e *outputs*, urge que os provimentos jurisdicionais ultrapassem uma perspectiva clássica-estruturalista – calcada na

---

<sup>155</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, *op. cit.*, p. 200.

subsunção – e assumam uma perspectiva funcionalista, em que o Direito passa a ter como principal função a transformação social.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, a solução judicial apresenta alguns problemas tais como: a imposição de normas e posturas, as quais não são, na maioria, respeitadas – veja-se a taxa de execuções que se restam infrutíferas; a decisão judicial muitas vezes aumenta os conflitos sociais. Para modificar essa conjuntura, devem os aplicadores do direito assumir uma postura mediativa em lidar com as demandas, especialmente as familiares, já que, por meio dessa postura, haverá uma maior capacidade de compreensão dos próprios problemas, fazendo com que as partes participem do processo decisório e, conseqüentemente, diminuindo a insegurança das partes quanto à uma decisão imposta.<sup>156</sup>

O mesmo autor, citando o famoso processualista Luiz Guilherme Marinoni, afirma que

[...] não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico. Antes, observa o autor que a sentença que reconhece a existência de um direito, mas não é suficiente para satisfazê-lo, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito, e, por isso mesmo, não representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos.<sup>157</sup>

Assim, deve ser prestigiada a efetividade do provimento jurisdicional ofertado e sua real satisfação social. Ao redigir a sentença, o magistrado deve analisar os reflexos dela no mundo social, para além de sua conformidade com a lei. Destarte, é necessária uma postura humanitária que valorize o homem em sua concretude e não apenas o homem abstrato dos tempos liberais.

O Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – dispõe sobre os pronunciamentos do juiz no artigo 203. Este enuncia que “os pronunciamentos do juiz consistirão em sentença, decisões interlocutórias e despachos”. A sentença é definida em seu parágrafo primeiro como o pronunciamento do juiz por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento comum e também extingue a execução, tendo como fundamento o que é disposto no artigo 485 e 487. Esses artigos tratam da extinção do processo sem resolução do mérito da demanda e com resolução do mérito, respectivamente. E, ressalta-se, que estruturalmente as sentenças devem conter o relatório, o fundamento e seu dispositivo.

---

<sup>156</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*. Vol. 888/2009, p. 9-36, out. 2009, p. 18.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 25.



As decisões interlocutórias são pronunciamentos judiciais que não se enquadrem no conceito de sentença sendo, portanto, um conceito residual. E, por fim, com uma característica mais técnica, os despachos são os demais pronunciamentos do magistrado, sem cunho decisório, que dão impulsão ao processo.

Para além dessa perspectiva técnica-processual na confecção do provimento jurisdicional, esse tópico visa analisar a teoria de Norberto Bobbio, o qual, em seu livro “Da estrutura à função”, demonstra a ocorrência de uma mudança de paradigmas ao se confeccionar o provimento jurisdicional. Para o autor, não se deve mais sobre-estimar o valor estrutural das categorias jurídicas em um raciocínio lógico-dedutivo que se estabelece por meio da sentença, mas considerar sua função na contemporaneidade, qual seja – o direito como promoção dos indivíduos em sociedade.

Desse modo, passa-se à análise da perspectiva clássica-estrutural, que ainda hoje é comum em âmbito jurídico, para, em seguida, analisar a perspectiva funcionalista, a qual tem como ápice promocional o ser humano.

#### 4.4.1 Perspectiva clássica- estruturalista

Em uma perspectiva clássica, Norberto Bobbio esclarece que o Direito assumia duas funções: a função protetora e a função repressiva. Aquela se traduz nos comandos negativos, ou seja, nas proibições dadas pelas normas. E, esta, é assunção do direito como instrumento coativo de imposição dos comportamentos desejáveis.<sup>158</sup> O Direito, então, por muito tempo permaneceu vinculado à ideia de sanções e punições.

Neste período, buscava-se mais compreender de que era composto o Direito e o seu ordenamento, em uma óptica estruturalista, tanto que ganham destaque as obras de Hans Kelsen, que buscou atribuir ao Direito sua cientificidade adstrita às estruturas lógico-cognitivas do ordenamento jurídico. Logo, não se cogitava compreender para que o direito servia verdadeiramente, ou seja, sua real função social.

Esse prisma estruturalista tinha como objetivo “salvaguardar a pesquisa teórica da intrusão dos juízos de valor e de evitar a confusão entre o direito positivo – o único objeto possível de uma teoria científica do direito – e o direito ideal.”<sup>159</sup> Entretanto, a cientificidade fria e objetiva não se coaduna com os objetivos sociais que o Direito tem que assumir.

---

<sup>158</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 2.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 55.

Tanto que, dentro dessa teoria do Direito, almeja-se a conservação social, independentemente de seu poder de transformação social, ou seja, mantém-se o *status quo*. Diante disso, os provimentos jurisdicionais confeccionados estão sempre adstritos aos comandos legais, para não os contrariar. O método utilizado pelo magistrado, nesses casos, é a subsunção – premissa maior, premissa menor e consequência. Nele, nem ao menos se observa as consequências sociais e as pessoas que compõe o litígio. Por conseguinte, o que se deve é apenas oferecer uma resposta em termos jurídicos para a demanda, conservando o conflito sem transformá-lo.

Diante do exposto, essa teoria do direito, que ainda é predominante, conserva a sociedade em padrões legais pré-determinados, já que os provimentos jurisdicionais se limitam a enquadrar o caso concreto em uma prescrição legal. Entretanto, a sociedade se apresenta em constantes modificações, o que implica em mais conflitos e o legislador não consegue prever de antemão a ocorrência destes. Logo, faz com que o Direito conserve apenas as situações passadas de acordo com aquilo que ele reconhece como norma protetiva-sancionatória, em detrimento de sua atuação na sociedade de forma transformativa, seja das pessoas em conflito, seja da sociedade.

#### 4.4.2 Perspectiva funcionalista: uma mudança de paradigma

Para além das estruturas, a perspectiva funcionalista confere ao sistema jurídico uma função promocional, para além de um ordenamento protetor-repressivo. A um ordenamento promocional interessa, principalmente, comportamentos socialmente desejáveis e tem como finalidade “levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.”<sup>160</sup>

Em um ordenamento onde vige a repressão, o desencorajamento é a técnica predominante para a realização das medidas jurídicas. Já em um ordenamento promocional a técnica utilizada é o encorajamento.<sup>161</sup> O principal encorajamento que um sistema jurídico pode propiciar é o reconhecimento das pessoas como seres humanos e não como meros litigantes, sem voz e sem perspectivas.

Diferentemente da nuance estruturalista, a concepção funcionalista visa a transformação social. Esta é prezada neste trabalho, já que o Direito deve ser um fator de promoção social para transformar a sociedade e pacificá-la de forma efetiva. Logo, deve buscar promover inovações na sociedade.

---

<sup>160</sup> BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: *novos estudos de teoria do direito*, op. cit., p. 15.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 16.

Na esfera familiar, na qual se busca a personalização de seus indivíduos e a sua promoção como seres emancipados e autônomos, a adoção do paradigma funcionalista serve como fator de transformação social na medida em que os provimentos jurisdicionais seriam voltados ao reconhecimento dos indivíduos, para além das estruturas cognitivas das leis.

Por esse viés, o magistrado, adotando uma postura transformativa, analisaria as reais consequências da decisão e levaria em apreço a subjetividade de cada integrante do conflito, o qual não seria simplesmente pacificado em termos jurídicos, entretanto seria transformado pelas próprias partes que integrariam e colaborariam, efetivamente, em prol de uma melhor pacificação das controvérsias.

Por conseguinte, ao exarar um provimento jurisdicional, o juiz possui a nobre função de ser instrumento para a transformação da sociedade. E, para tanto, a perspectiva clássica-estrutural deve ser suplantada por uma óptica funcionalista do direito, em que, para além das estruturas, assume uma função de promoção das pessoas e, conseqüentemente, da própria sociedade. Logo, a fria subsunção não deve ser sinônimo de Justiça, até porque, por ser muito objetiva, exclui as subjetividades envolvidas nas demandas familiares.

#### *4.5 O Direito como instrumento de promoção da pessoa*

Para lograr a epifania da pessoa, a qual tem sido encoberta por fórmulas jurídicas, como forma de reconhecimento e tradução da dignidade humana, o sistema jurídico brasileiro deverá se mostrar efetivo. Essa efetividade é notada com o reconhecimento da pessoa por sua subjetividade, implicando uma maior humanização do Direito e isso acarretará uma real consequência social.

Para esse fim, deve haver uma mudança de cultura. Como se viu, a cultura que permanece na sociedade brasileira é a cultura demandista. Destarte, o Judiciário se torna o escoadouro de qualquer tipo de conflito imaginável e, o pior, passa a ser gestor de responsabilidades que deveriam ser assumidas pelas próprias pessoas. Diante disso, pugna-se pela exortação da cultura pacífica, que se traduz nas formas de resoluções consensuais de conflitos.

Adotando e incentivando novas modalidades de resolução das próprias controvérsias, seja dentro ou fora do Judiciário, as pessoas poderão selecionar a que melhor corresponde ao tipo de divergência e terá efetivado o acesso à Justiça, com uma verdadeira transformação dos

conflitos sociais. E, ainda, as pessoas lograrão a própria autonomia e desenvolverão o diálogo saudável com o próximo, principalmente se for adotada a mediação de conflitos.

Desse modo, a simples adjudicação de conflito pelo Judiciário como única forma de Justiça se distancia da criatividade humana e oblitera as diferenças sociais. Armatya Sen defende que uma teoria da justiça deve levar em consideração como é o ser humano. Este, segundo o autor, poderia ter sido uma criatura que não sentisse simpatia, não se afetasse pela dor e humilhação dos outros, que não se preocupasse com a liberdade e fosse incapaz de raciocinar, argumentar, discordar e concordar.<sup>162</sup> Entretanto, são “essas faculdades humanas básicas – compreender, simpatizar, argumentar”, as quais determinam que “as pessoas não precisam ficar inevitavelmente condenadas a uma vida isolada, sem comunicação e mútua colaboração”, por isso ele arremata que são grandes as vicissitudes no mundo terrestre, mas seria pior se não houvesse a capacidade de comunicar, reagir e discutir.<sup>163</sup>

Uma teoria de justiça que considere as especificidades do ser humano com suas capacidades inatas de comunicação, discussão e simpatia deve ser aliada à aplicação prática desse discurso. A comunicação, por exemplo, é um substrato importante para a promoção individual e, por isso, ela deve ser desenvolvida pelas pessoas. Destaca-se que o ser humano deve ser capaz de ter empatia, ou seja, colocar-se no lugar do outro, para uma melhor compreensão das divergências que há no mundo.

É nesse sentido que deve atuar o juiz contemporâneo, visando uma composição justa dos conflitos, que reconheça e dê a oportunidade do ser humano se mostrar tal como ele é, pois só assim se alcançará a promoção individual. E para essa composição justa dos conflitos não é necessária apenas uma sentença de mérito, a qual em alguns casos pode ser até despicienda, mas devem ser oferecidos outros meios, sejam eles autocompositivos ou heterocompositivos.<sup>164</sup>

O Direito deve ter um objetivo promocional, segundo argumenta António Castanheira Neves:

Acrescentando esse direito social aos objectivos jurídicos tradicionais de garantia e de repressão um objectivo promocional, o qual pela sua referência programática ao futuro pouco pode ir além da prescrição de fins e princípios, já por isso mesmo exigirá uma controlada determinação concretizadora de que se desempenhará a função judicial numa irrecusável discricionariedade

<sup>162</sup> SEN, Armatya. *A ideia de Justiça*. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 449.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 450.

<sup>164</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória), *op. cit.*, p. 26.

decisória exigida por uma necessária flexibilização concreta do próprio direito – no domínio do direito económico, na concretização de cláusulas gerais dos contratos, na defesa dos direitos de personalidade, na integração do direito do trabalho, etc.<sup>165</sup>

À vista disso, o Direito como instrumento de promoção da pessoa será capaz de propiciar formas criativas de pacificação das controvérsias para além da adjudicação dos conflitos pelo Poder Judiciário. Com a mudança da mentalidade demandista, para uma perspectiva pacificadora, será aberto um leque de novas formas para solucionarem os conflitos e uma maior possibilidade de promoção individual, já que as pessoas experimentarão a autonomia e a emancipação de, ao menos, escolherem o caminho de resolução de conflitos a seguir.

#### *4.6 O desenvolvimento de novas formas de resolução de conflitos*

Resultantes do período em que vivemos - a pós-modernidade, já explorada no capítulo primeiro – surgem, no sistema jurídico contemporâneo, a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, a mediação, entre outros métodos. Esse período é marcado pelas rupturas e por novas definições valorativas, o que causa abalos nas estruturas tradicionais, seja nas políticas públicas, na organização do Estado ou na efetividade do próprio direito como instrumento de controle social.<sup>166</sup> Já se abordou que nesse contexto para além de instrumento de controle – que apenas conserva a sociedade – o Direito é visto como um instrumento de transformação.

Com isso, a cultura mundial vem ampliando os métodos de acesso à justiça. Fala-se, atualmente, de um sistema multiportas de acesso à justiça, o qual é caracterizado pela disponibilização de diferentes métodos de resolução de conflitos. Dessa forma, amplia-se o número de opções à disposição das pessoas e adequa-se os caminhos para a direção mais apropriada para a questão em debate.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito, *op. cit.*, p. 12.

<sup>166</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade, *op. cit.*, p. 142.

<sup>167</sup> ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 93-102, p. 94.

Nota-se que com esse novo sistema a efetividade da pacificação dos conflitos será bem maior, pois os debates serão encaminhados para o instrumento mais adequado a dirimi-los.<sup>168</sup>

Ada Pellegrini Grinover, nesse mesmo sentido, esclarece que

A percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e a conciliação, que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, ascenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos. E tanto assim é que a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”- Constituição, art. 5º, inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas no quadro do exercício jurisdicional.<sup>169</sup>

Ver-se-á que para cada tipo de conflito é indicado um método. Por exemplo, o método eleito neste trabalho para estudo foi a mediação, a qual estimula o diálogo entre os mediandos para que eles transformem o conflito em que estão inseridos. Ele é apropriado para conflitos em que a relação deverá protrair no tempo, como no caso das famílias em que há filhos comuns. Por isso, sugestiona-se o diálogo a fim de manter a relação social pré-existente ao conflito favorecendo o desenvolvimento saudável da criança. Portanto, a mediação tem como escopo a desconstrução do conflito e a restauração da convivência harmoniosa entre as pessoas.<sup>170</sup>

Nesses casos, a solução judicial apenas aponta os problemas, enquanto a mediação fomenta a capacidade de compreensão das divergências e possibilita respostas mais adequadas. A solução judicial se limita, em muitos casos, a impor normas e posturas e resulta em uma ineficácia em seu cumprimento; em contrapartida, a mediação busca conduzir as partes para uma melhor solução na continuidade da vida familiar após a ruptura, o que implica a uma maior adesão ao que foi tratado. E, por fim, na maioria das vezes, a decisão judicial acirra o impasse da litigância exacerbada, enquanto na mediação reduz-se a gravidade da situação apresentada.<sup>171</sup>

Ressalta-se que o modelo tradicional de jurisdição não acarreta a devida pacificação social, na maioria das vezes, e ainda traz em seu bojo a característica da conflituosidade, o

---

<sup>168</sup> Idem.

<sup>169</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>170</sup> ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores), *op. cit.*, p. 94.

<sup>171</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória), *op. cit.*, p. 18.

que alguns autores denominam ganha/perde, a linguagem binária inicialmente descrita no prelúdio do capítulo. Porém, a tendência mundial é a adoção de modelos consensuais no molde ganha/ganha para transformar as controvérsias. Pontua-se, além do mais, que ao se adotar apenas o primeiro modelo – ganha/perde – é ocasionado prejuízo aos laços fundamentais e quiçá afetivos existentes entre as pessoas.<sup>172</sup>

Com a abertura do ordenamento jurídico para o acolhimento dessas novas formas de solução de conflitos, “o cidadão é chamado a participar e contribuir para o alcance da Justiça e da paz social”<sup>173</sup>, o que intensifica o sentimento de pertencimento social. Outrossim, incentiva a emancipação da sociedade e a efetividade do direito.<sup>174</sup>

Neste trabalho, não se aponta como solução o extermínio da atividade jurisdicional, mas se busca contribuir com novas perspectivas para uma justiça mais efetiva e uma transformação de conflitos sem expandi-los. O Poder Judiciário visto pela sua função transformativa acolhe novas metodologias para lidar com os conflitos e promove a autonomia individual em prol do desenvolvimento pessoal e, conseqüentemente, social. Deve ser considerada a realidade atual, em que há “a incapacidade estrutural do Estado-juiz de acompanhar o crescimento populacional e a conseqüente multiplicação e complexidade dos litígios.”<sup>175</sup>

Para tanto, se em algum conflito não for obtida uma solução conciliatória, em *ultima ratio*, o processo judiciário será utilizado em prol da segurança jurídica. Entretanto, como já foi abordado, falta ainda uma “cultura nacional no sentido de resolver pendências independentemente do Poder Judiciário.”<sup>176</sup> Tanto que existem problemas tipicamente familiares, que deveriam ser desconstruídos pelos próprios indivíduos, mas são levados para a apreciação do juiz como se ele tivesse a difícil missão de livrar as pessoas, por meio dos seus provimentos jurisdicionais, dos próprios problemas independente de suas responsabilidades e interesses.<sup>177</sup>

---

<sup>172</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 85-91, p. 87.

<sup>173</sup> RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 273-310, p. 279.

<sup>174</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira, *op. cit.*, p. 89.

<sup>175</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira, *op. cit.*, p. 89.

<sup>176</sup> Idem.

<sup>177</sup> Idem.

Portanto, o estímulo ao desenvolvimento de novas formas de resolução de conflitos ocasionará uma mudança de mentalidade dos brasileiros de que apenas um terceiro imparcial é capaz de resolver os seus problemas. Conseqüentemente, será desenvolvida uma cultura de pacificação, tornando a resolução de conflitos efetiva; a Justiça mais humanitária; e, como corolário, corroborará a função transformativa do Direito.

## 5 MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/15) E NA LEI DE MEDIAÇÃO (LEI 13.140/15)

A mediação foi coroada pelo ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2015. Foi eleita como um método de solução extrajudicial de conflito e também judicial. A lei 13.140/15 inaugura um novo paradigma na resolução pacífica das controvérsias, disciplinando o processo mediativo. E o Código de Processo Civil, por meio de uma mudança paradigmática, adota esses métodos sempre que possível para a transformação das contendas, tanto que esses métodos consensuais deverão ser estimulados por todos os profissionais do direito, quais sejam: juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive dentro do processo judicial.

É nesse sentido que esclarece alguns autores

Resultado de um árduo trabalho técnico e político, o marco legal da mediação inaugura uma etapa importante na história da Justiça brasileira. Apesar de já antes existirem muitas vozes de apoio e uma literatura significativa, as várias normas projetadas anteriormente não transpuseram a porta de entrada ao ordenamento. A novidade cumpre o papel de debutar a existência normativa dessa nova via para a resolução de disputas em um sistema até hoje preponderantemente adversarial, cujos caminhos consensuais eram limitados à conciliação. Com a recente aprovação do Novo Código de Processo Civil (NCPC), a mediação passa a ser prevista e, com a Lei de Mediação, são estabelecidas as direções necessárias para ser posta em prática dentro e fora do processo jurisdicional.<sup>178</sup>

Diante disso, urge informar sobre a importância desse método e a relevância de sua aplicação nas controvérsias, principalmente nas familiares. Sabe-se que o método utilizado para a execução de determinada ação influencia em demasia o resultado satisfatório. Por isso, tendo visto a especificidade dos conflitos familiares, os quais envolvem o afeto; a

---

<sup>178</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Organizadores). O marco legal da mediação no Brasil: *comentários à lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 67.



inefetividade do ordenamento jurídico que apresentava apenas uma resposta aos conflitos – a adjudicada; e considerando a importância do papel da família como substrato social, pleiteia-se uma forma mais humanizada de lidar com os problemas sociais.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral definem a mediação como “um mecanismo de resolução de conflito em que as próprias partes constroem, em conjunto, um sistema de decisão, satisfazendo a todos os envolvidos e oxigenando as relações sociais.”<sup>179</sup> Entretanto, como já foi pontuado em alguns momentos deste trabalho, a mediação, para além dessa função tradicionalista de resolução de conflitos, tem como função mais valiosa o restabelecimento da comunicação e do diálogo entre as partes, sendo que a ocorrência de acordos é uma consequência secundária e é por isso que ela consegue oxigenar as relações sociais, pois ela não deixa desfalecer as relações pretéritas.

A mediação é regida por um terceiro imparcial, o qual não interferirá na controvérsia em si, mas apenas buscará o restabelecimento da comunicação entre os mediandos, deixando que estes por meio da criatividade construam as soluções mais saudáveis para a pacificação da divergência. Neste sentido, assinala-se que “o mediador direciona seus esforços no aprimoramento da comunicação dos mediandos. Não lhe é lícito oferecer opções de acordo.”<sup>180</sup>

Assim sendo, com o acolhimento da mediação pelo ordenamento jurídico brasileiro, este tenderá a se lograr mais efetivo, se ocorrer uma mudança de mentalidade e se essas formas alternativas forem divulgadas pela própria Justiça. Isso não significa a exclusão da Justiça como é posta hoje, mas apenas um aprimoramento em seus métodos de atuação para cumprir melhor sua função – a pacificação social. Há demandas em que se sugestiona o método mediativo, quais sejam as que envolvem família, empresas, vizinhos. Entretanto, existem outras em que é melhor a via judicial, como exemplo as ações coletivas. Por isso, passar-se-á à análise desses dois diplomas.

---

<sup>179</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Introdução. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Organizadores). O marco legal da mediação no Brasil: *comentários à lei n° 13.140 de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1.

<sup>180</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Organizadores). O marco legal da mediação no Brasil: *comentários à lei n° 13.140 de 26 de junho de 2015, op. cit.*, p. 38.

### 5.1 A Constituição Federal como parâmetro interpretativo

A Constituição Federal de 1988 apresenta-se como a principal fonte do direito, da qual retira-se o substrato valorativo para a formulação de provimentos jurisdicionais e a pauta de conduta do jurista em sua atuação. Em seu primeiro artigo são insculpidos os fundamentos da República Federativa do Brasil, os quais devem fundamentar e balizar a interpretação de qualquer norma, destacando-se: a dignidade humana.

É neste diploma que a pessoa é valorizada em todas as suas dimensões. Segundo António Castanheira Neves, “o homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo.”<sup>181</sup> Assim, qualquer ação ou omissão deve ser analisada em seus fins para a promoção da pessoa em suas individualidades, o que é consagrado em nosso ordenamento, principalmente, pelo reconhecimento da dignidade da pessoa.

Maria Celina Bodin afirma que “os princípios e valores constitucionais devem estender-se a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um *mondo in frammenti*, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário.”<sup>182</sup> O ordenamento jurídico, tal como uma orquestra para produzir as mais belas sinfonias, precisa de um maestro. E quem regerà a sinfonia das inúmeras normas é o texto constitucional.

A hermenêutica Constitucional irradia-se para todos os ramos do Direito, inclusive no âmbito privado e nas relações particulares. Nesse sentido, deve ser feito um esforço hermenêutico, a fim de que sejam aplicados diretamente e de forma eficaz os valores e princípios da Constituição, tanto na relação Estado-indivíduo, quanto nas relações interindividuais<sup>183</sup>. Ainda, esclarece Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que

E assim é porque o salto qualitativo que a pós-modernidade impôs ao direito, mormente ao Direito Civil, correu no sentido de sua releitura, do seu reposicionamento espacial e temporal, estruturando-se como uma dimensão nova que reaproxima o Direito e a Ética. Este salto qualitativo demonstra-se, importantemente, no resgate ou revisão de princípios constitucionais que passam a ocupar o papel de destaque na seara hermenêutica da aplicação do Direito ao caso concreto. Os princípios passam a conviver com regras jurídicas, não para abatê-las ou minimizá-las, mas para produzir, em razão

<sup>181</sup> NEVES, António Castanheira. *O Direito Hoje e com que Sentido? O problema atual da autonomia do Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012, p. 68-69.

<sup>182</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 9.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 14.

do convívio, uma mais significativa aplicação do Direito em prol da justiça.<sup>184</sup>

Nesta mesma direção, Pietro Perlingieri trouxe para o Direito Civil a sua perspectiva constitucional, sendo de grande valia sua teoria no tempo em que vivemos. Ele salienta que “é evidente o caráter sistemático da interpretação, que encerra em si a própria atividade cognoscitiva, colocando cada normativa no panorama global do ordenamento, deve se inspirar nas normas constitucionais.”<sup>185</sup>

Dessarte, é mister que a Constituição, em sua função promocional da pessoa humana, seja observada em qualquer relação social a fim de que haja uma efetivação de seus preceitos. Seja na análise das normas do diploma processualista civil, o qual com a tendência da constitucionalização das relações privadas trouxe em seu artigo primeiro que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, ou na análise da lei de mediação.

### *5.2 A incorporação de novas formas de solução de conflitos*

Com os marcos já supramencionados, houve a incorporação no ordenamento jurídico dessas novas formas de solução de conflitos, dentre elas a mediação, a conciliação, a arbitragem, entre outras. Destarte, buscou-se imprimir uma melhor dinâmica nas transformações dos conflitos e pacificações sociais, para além do estrito provimento formalista que já não atendia determinadas demandas de forma efetiva – principalmente as familiares.

É válido transcrever a aguçada percepção de Lia Regina Castaldi Sampaio:

[...] os Métodos Alternativos não foram criados para substituir o método tradicional de utilização do sistema judicial ou para descongestioná-los, como muitos defendem, mas, sim, para propiciar outro caminho, outra opção, outra alternativa de resolução de seus conflitos para as pessoas físicas ou jurídicas que buscam soluções diferenciadas, específicas e, talvez, especializadas para suas distintas inter-relações.<sup>186</sup>

<sup>184</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, jan.-dez. 2006, p. 153-167, p. 159.

<sup>185</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 574.

<sup>186</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 16.

O que se espera é uma transformação de conflitos de forma qualitativa e não quantitativa, como muitos autores defendem. O processo de mediação, por exemplo, pode perdurar várias sessões até lograr o êxito de uma pacificação, portanto, ele não se traduz como sinônimo de celeridade. Porém, ele confere qualidade às relações sociais pré-existentes e, por isso, caracteriza-se como um processo construtivo de resolução de conflitos.

Diante dessa incrementação dos métodos de resolução de conflitos para que o ordenamento jurídico logre sua efetividade, passar-se-á a uma pequena digressão sobre alguns desses métodos, destacando-se a conciliação, mediação e a arbitragem. E, com isso, ressaltar-se-á a função promocional do Direito em lograr a pacificação social.

### 5.2.1 A conciliação

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald fazem uma pontual comparação entre a mediação e conciliação

A via alternativa da mediação e conciliação é imperativa seja o conflito de índole patrimonial ou existencial. Para os conflitos patrimoniais o caso é de conciliação; para os existenciais, mediação. Isso porque, como bem explica Conrado Paulino da Rosa, em bela obra dedicada ao tema, o conciliador “exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa”. Conciliação, pois, é o “termo de cedência de um litigante a outro”. Diferentemente, a mediação é “um processo de transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias.”<sup>187</sup>

A conciliação é mais útil para a resolução de problemas que lidam com patrimônio. Para tanto, o conciliador funcionará como um negociador do conflito reduzindo a magnitude da relação conflituosa. Na conciliação, há uma transferência de uma parte a outra. O conciliador, portanto, indica a melhor solução ao caso, não deixando que as partes de forma criativa coloquem fim à controvérsia.

A conciliação não possui a finalidade de recuperar o diálogo entre os litigantes e poderá o conciliador sempre oferecer novas alternativas. A conciliação, ainda, não visa o restabelecimento ou manutenção de relações pretéritas, por isso ela serve melhor à relações

---

<sup>187</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: *famílias*. V. 6. 8ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 150.

em que as pessoas não tenham vínculos anteriores, as chamadas relações descartáveis, tais como: relações de consumo, acidentes automobilísticos.<sup>188</sup>

À vista disso, já se observa que em muito se distancia a conciliação do processo mediativo. Aquela não será objeto de maior análise, pois o presente estudo visa analisar em maior volume a perspectiva mediacional. E, por isso, passa-se a ela.

### 5.2.2 A mediação

Como já fora pontuado, a mediação é um método adequado para as chamadas relações existenciais, nas quais as partes possuíam vínculo anterior. É indicado, portanto, para as relações familiares. Por meio do diálogo entre as partes, a mediação visa a manutenção das relações pretéritas em prol de uma qualidade nas relações sociais.

Carlos José Cordeiro e Priscila Aparecida Lamana expõem que

[...] o objetivo primordial da mediação é facilitar o diálogo entre as partes e a compreensão de seus interesses, mesmo que, a despeito disso, não se realize acordo, notadamente porque a sua maior relevância encontra-se no fato de viabilizar a continuidade dos vínculos e relacionamento das partes, de forma prospectiva e, também, segundo alerta Jean-François Six, proporcionar que cada pessoa possa contar, antes de tudo, consigo mesma e construa com outros indivíduos, que estão no 'mesmo barco' que ela, novas solidariedades; afinal, o futuro são os outros, na medida em que dois podem se reconhecer mutuamente porque são um e outro reconhecidos por um terceiro.<sup>189</sup>

Com a manutenção do diálogo, as partes, de forma criativa, transformarão o litígio em algo vantajoso para ambas. É o procedimento denominado ganha/ganha, em detrimento da ultrapassada visão da existência de um vencedor e um vencido. Por isso, defende-se que para além de uma forma tradicional de resolução de conflitos, a mediação é um procedimento que visa facilitar a comunicação entre as pessoas, a fim de que elas próprias direcionem as suas vidas, independentemente se houve ou não a solução da demanda.<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Organizadores). O marco legal da mediação no Brasil: *comentários à lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>189</sup> CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. In.: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013, p. 486.

<sup>190</sup> Idem.

Neste mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araujo Cintra esclarecem que “a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência”<sup>191</sup>. Diferentemente, neste aspecto, da conciliação, que visa apenas a negociação do conflito, colocando nele um ponto final.

Diferenciando a mediação de outros métodos de solução alternativa de conflitos, Águida Arruda Barbosa interpreta que

A mediação é diferente de conciliação e arbitragem porque ela é um princípio, um comportamento, a experiência humana que assegura o livre desenvolvimento da personalidade, capacitando os sujeitos de direito à conquista da liberdade interna – e não política – de ser humano, e à igualdade contida no princípio da dignidade da pessoa humana, representando a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm de comum – a igualdade de qualidade de ser humano – permitindo o reconhecimento de uma pertença a um mesmo gênero: o gênero humano.<sup>192</sup>

Observa-se que para além de um método de resolução de conflitos, como muitos denominam, a mediação assegura a cada um o reconhecimento da própria dignidade, o direito de lograr sua própria existência humana e a conquista da própria autonomia. Isso é ainda mais relevante no âmbito familiar, pois fora visto que o livre desenvolvimento da personalidade é também constituído, em um primeiro momento, no seio familiar.

Até aqui ficou claro que, para além de um acordo entre as partes, a mediação promove o diálogo e a reflexão entre elas por meio de um mediador imparcial.<sup>193</sup> Malvina Ester Muszkat enxerga a mediação “como importante veículo de transmissão de democracia, por meio da horizontalização das relações humanas.”<sup>194</sup> Assertiva esta que deve ser reafirmada, pois coloca-se as diferentes posições das relações sociais em uma perspectiva horizontal e não mais vertical, que denota hierarquia. O que ocorre é a inclusão do ser humano como reitor do próprio destino.

A mesma escritora também afirma que a finalidade da mediação é

[...] fornecer ao mediado a possibilidade de rever seus padrões de conduta, oferecendo-lhe novas ferramentas que, regidas pela lógica do pacto e pela

<sup>191</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

<sup>192</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Prática da mediação: ética profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 58.

<sup>193</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*, op. cit., p. 137.

<sup>194</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Summus, 2008, p. 15.

revalorização da pessoa humana, sirvam para administrar as diferenças que existem entre os seres humanos, instalando o diálogo onde ele não existe. E essa é, justamente, a qualidade transformativa da mediação.<sup>195</sup>

Portanto, com o amparo de instrumentos de cunho interdisciplinar, o mediador buscará estabelecer o diálogo entre os mediandos, para que eles próprios, por meio de suas autonomias, desenvolvam uma solução criativa para a divergência. E, com isso, haverá a manutenção de relacionamento e não o seu extermínio, ou seja, um procedimento construtivo de transformação dos conflitos sociais.

#### 5.2.2.1 A linguagem ternária

Uma característica que distancia a mediação do procedimento judicial formalista é a sua abertura para o estabelecimento de uma linguagem ternária. Aquele que atua nessa área deve extinguir a lógica binária do vencedor e vencido; do certo ou errado; do culpado ou inocente, mas deve propiciar uma gestão mais pacífica da solução da controvérsia em que todos saiam ganhando.<sup>196</sup>

Quem de forma brilhante escreveu sobre essa linguagem ternária foi Águida Arruda Barbosa. A autora elucida que o pensamento binário é característico da cultura ocidental, sendo um raciocínio que limita a criatividade humana. Ela explica que o pensamento jurídico é constituído por essa linguagem, como já fora elucidado em outro momento deste trabalho, pois nele só há duas alternativas – a culpa ou a inocência; o provimento ou o não provimento, entre outras.<sup>197</sup>

Já o pensamento ternário, próprio do mundo oriental, admite a criatividade e tem como matéria prima os recursos pessoais dos próprios protagonistas do conflito. O seu exercício, portanto, humaniza as relações humanas. Dessa forma, a mediação adota a linguagem ternária como técnica e por meio da comunicação permite a transformação do conflito.<sup>198</sup>

Essa linguagem, “ao incluir o terceiro, abre o tempo-espaço que contempla a discussão, fundamentando-a no reconhecimento do valor do outro, que se encontrava

---

<sup>195</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*, op. cit., p. 62.

<sup>196</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*, op. cit., p. 100.

<sup>197</sup> BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*, op. cit., pp. 88-92.

<sup>198</sup> Idem.

encoberto pela ausência do diálogo.”<sup>199</sup> É o que se traduz pela empatia, a qual em muito está ausente nos dias contemporâneos. E, também, é o contrário do pensamento binário, o qual rejeita a discussão.

Por conseguinte, a “arte da Mediação está em despolarizar a postura binária existente entre os litigantes, instalando uma posição ternária, deslocando as resistências dos protagonistas.”<sup>200</sup> E, com isso, a “mediação garante quatro efeitos fundamentais: (a) o resgate da comunicação; (b) o despertar da responsabilidade; (c) as mudanças; (d) o reconhecimento de um amor “possível”.”<sup>201</sup>

### 5.2.3 Outros métodos de solução consensual de conflitos

Para além da conciliação e mediação, no ordenamento jurídico brasileiro, há outros métodos de solução consensual de conflitos. Primeiramente, destaca-se a arbitragem. Esta é um método impositivo. Nela, assim como na jurisdição, o diálogo é estabelecido por procuradores com o árbitro e há, ainda, a mesma postura adversarial que rege o procedimento comum. E, por fim, a decisão final obtida não é uma mera sugestão, mas uma obrigação a ser cumprida.<sup>202</sup>

O artigo 24, da Lei 9.099/95, dispõe que “não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei”. Ele prestigia, dessa forma, os métodos de solução consensual de conflito – a conciliação e arbitragem, no caso em apreço.

A lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, introduz o que ele denominou de “convenção coletiva de consumo”. O artigo 107 enuncia que “as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.” Essa convenção será obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos, segundo

---

<sup>199</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas, *op. cit.*, p. 88-92.

<sup>200</sup> *Idem.*

<sup>201</sup> *Idem.*

<sup>202</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Organizadores). O marco legal da mediação no Brasil: *comentários à lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*, *op. cit.*, p. 40.



o parágrafo primeiro do mesmo artigo. Portanto, caracteriza-se ela como um método alternativo de solução de conflitos consumerista.

Destaca-se ainda, na Consolidação das Leis do Trabalho, a inserção das Comissões de Conciliação prévia na Justiça do Trabalho, em seu artigo 625-A, entretanto, elas caíram em desuso, pois se entendeu que ao passar os litígios trabalhistas por essas comissões estar-se-ia obstando o acesso à Justiça.

Assim, permeiam, no ordenamento jurídico brasileiro, outras formas de solução de controvérsias, as quais não serão estendidas. Passar-se-á à análise dessas novas formas de solução de conflitos, como consequência da função promocional do Direito, e, posteriormente, será feito comentário sobre a disciplina da mediação nos diplomas já mencionados.

### *5.3 A recepção de novas formas de solução de conflito pelo ordenamento jurídico brasileiro como corolário da função promocional do Direito*

O Direito, há tempos, inaugurou um novo paradigma funcional – deixou de ser estritamente positivista, estruturalista e estanque - para alçar a sua função promocional do ser humano. Esta perspectiva é congruente com o momento em que se vive – de valorização da pessoa, a qual busca seu desenvolvimento em âmbito social.

Para além de um direito que apenas dita as regras do jogo social, urge um ordenamento jurídico que propulsione o desenvolvimento máximo das pessoas em sociedade. Houve um propósito na assinatura do contrato social a que todos se submeteram – o crescimento e a promoção do ser humano enquanto um indivíduo socialmente ativo.

Enxergando para além da função protetora e da função repressiva, Norberto Bobbio é elucidativo ao afirmar que essas concepções se tornaram como “vestidos que ficaram demasiado apertados para um corpo que, de repente, cresceu.”<sup>203</sup> Tornaram-se apertados na medida em que essas funções serviam apenas para a conservação social, entretanto, a sociedade pós-moderna está em constante fluxo, em constante mudança, o que a caracteriza. Em contrapartida, a função promocional visa a mudanças, inovações e, conseqüentemente, à uma perspectiva de transformação social.

Diante disso, a mediação, a qual foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma explícita, principalmente no âmbito do direito das famílias, visa a uma

---

<sup>203</sup> BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: *novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 10.

transformação social – na medida em que será dada às pessoas a possibilidade de serem autônomas para resolverem seus próprios conflitos. Por meio da instigação ao diálogo, os mediadores, diferentemente do mundo jurídico que trata dos conflitos como uma patologia que deve ser extinta, reconhecem que o conflito faz parte do funcionamento social e é fonte de mudanças comportamentais.<sup>204</sup>

À vista disso, a mediação se apresenta como uma “prática social de gestão de conflitos interpessoais que segue a evolução das sociedades no trato dos conflitos familiares.”<sup>205</sup> O momento em que se vive - de personalização - exige maior flexibilidade na tratativa dos conflitos, a fim de que os indivíduos se promovam. É, nesse sentido, que o Direito, como forma de promover os indivíduos, adotou a mediação em seus diplomas legais – para que as pessoas se sintam mais à vontade para solucionar a suas próprias controvérsias com mais êxito.

#### *5.4 Comparativo entre as disciplinas da mediação nas Leis 13.140/15 e 13.105/15*

A lei nº 13.140 trata sobre a mediação entre os particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Por ultrapassar o objeto de estudo deste artigo, a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública não será ponto de análise.

Tal diploma normativo possui o primeiro capítulo – Da mediação – o qual se subdivide nas seguintes seções: disposições gerais; dos mediadores; do procedimento de mediação; da confidencialidade e suas exceções. O segundo capítulo, intitulado – da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. O terceiro capítulo, intitulado – disposições finais.

Neste diploma, a mediação é definida como “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais sobre a controvérsia”. (art. 1º, parágrafo único)

Iniciando a análise do primeiro capítulo da lei, destaca-se os princípios da mediação, quais sejam: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; boa-fé.

---

<sup>204</sup> AVILA, Eliedite Mattos. Mediação familiar: *mitos, realidades e desafios*. Revista de Direito Privado. RDPriv 35/97, jul.-set./2008, p. 1031.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 1035.

A imparcialidade do mediador é *conditio sine qua non* do procedimento de mediação, já que se ele for parcial prejudicará alguma das partes dos conflitos e ainda desnaturará o objetivo da mediação – as próprias partes resolverem suas controvérsias. Salienta-se que a pessoa que for designada a atuar como mediador deve revelar às partes, antes de aceitar a função, fato ou circunstância que suscite dúvida em relação à sua imparcialidade. E, ainda, aplica-se ao mediador as mesmas hipóteses de impedimento e suspeição do juiz. Sobre ela transcreve-se o seguinte excerto

Destaque-se que a imparcialidade é um princípio fundamental da mediação porque as funções atribuídas ao mediador – de reduzir a tensão, facilitar a comunicação, ajudar na formulação de propostas, promover a escuta e a reflexão e estimular os medianos a criarem soluções para o conflito – exigem um ambiente de confiança, que somente pode ser construído com base na percepção dos envolvidos de que o terceiro interveniente é realmente imparcial e desinteressado no resultado do conflito.<sup>206</sup>

A isonomia entre as partes traduz que aqueles que compõem determinada controvérsia devem ser tratados de forma equânime, sem que haja a promoção de determinada pessoa em detrimento de outra. Este princípio “se traduz na impossibilidade de se conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, aos envolvidos. O acolhimento desse princípio significa que o mediador deve cuidar de prover iguais oportunidades de manifestação e escuta, além de condições equânimes para a avaliação de eventuais ofertas de acordo.”<sup>207</sup>

A oralidade é imprescindível já que a mediação se pauta no diálogo. Por meio da comunicação entre as partes, espera-se que elas cheguem a um acordo sem necessidade de recorrer a um processo judicial – lento pela deficiência estrutural do Judiciário.

A informalidade confere maior celeridade nessa forma de solução de conflitos, já que não será necessário seguir roteiros pré-estabelecidos. Com esse princípio, cada conflito poderá ser solucionado na forma que garanta a melhor pacificação entre as partes. Neste sentido, destaca-se que

A informalidade da mediação diz respeito à inexistência de regras preestabelecidas para as etapas e atos praticados no procedimento, que são flexíveis e, assim, passíveis de adaptação às exigências do conflito e às necessidades dos interessados. Como consequência, vige também o princípio

---

<sup>206</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Organizadores). O marco legal da mediação no Brasil: *comentários à lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 59.

da instrumentalidade das formas, segundo o qual importa a finalidade do ato, independentemente da sua forma, não havendo a cominação de nulidade se cumpridos os objetivos pretendidos e se inexistente efetivo prejuízo aos envolvidos.<sup>208</sup>

A autonomia da vontade das partes decorre da exigência da imparcialidade do mediador, já que o que deve prevalecer é o que as partes almejam e não o que um terceiro externo ao conflito imponha.

A busca do consenso é a solução da controvérsia. Se as partes não chegarem a um consenso, a controvérsia não estará pacificada. Geralmente, o consenso se apresenta como o meio termo das exigências que as partes fazem umas às outras para a satisfação pessoal dentro do conflito. Essa busca do consenso “pressupõe, portanto, a superação dessa contraposição e a necessária cooperação entre os mediandos, que devem desenvolver, sob o auxílio do terceiro imparcial, um trabalho em conjunto voltado à construção de resultado benéfico e durável.”<sup>209</sup>

A confidencialidade é exigida na mediação, a fim de que seja conferido ao procedimento uma roupagem séria. O mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicadas ao procedimento no início da primeira reunião de mediação e sempre que julgar necessário. Ela dispõe que toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo obtido pela mediação. O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação.

Sobre esse princípio, Carlos José Cordeiro e Priscila Aparecida Lamana Diniz esclarecem que

O princípio da confidencialidade constitui pressuposto fundamental da mediação, na medida em que, havendo, por parte do mediador, o dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, vedando-se a sua atuação como testemunha ou advogado dos envolvidos, cria-se campo

---

<sup>208</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>209</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Organizadores). O marco legal da mediação no Brasil: *comentários à lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*, op. cit., p. 62.

propício para que as partes confiem no procedimento e se mostrem cooperativas.<sup>210</sup>

E, por fim, a boa-fé é pressuposto de qualquer relação privada, na qual se espera que o comportamento dos sujeitos se pautem pela lealdade, honestidade, probidade, para que não prejudique o outro ao bel prazer de machucar.

A mediação não é obrigatória e ninguém será obrigado a nela permanecer. (art. 2º, §2º) O seu objeto são os direitos disponíveis ou os direitos indisponíveis que admitam transação, sendo que estes devem ser homologados em juízo com a necessária oitiva do Ministério Público. (art. 3º, §2º)

Na segunda seção deste capítulo, são analisadas disposições sobre os mediadores. O mediador poderá ser designado pelo tribunal ou escolhido pelas próprias partes e terá como objetivo a busca pelo entendimento e consenso entre as partes. (art. 4º e §1º) Após sua atuação, o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes e, ainda, não poderá ser árbitro ou testemunha em processos judiciais ou arbitrais em conflitos que tenha sido mediador. (art. 6º) Destaca-se que o mediador, no exercício de suas funções, equipara-se a um servidor público. (art. 8º)

A lei diferencia os mediadores extrajudiciais e os mediadores judiciais. Aqueles serão qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer a mediação, sendo que as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, sendo este o caso todos deverão ser assistidos. (art. 9º) Já estes poderão ser também qualquer pessoa capaz, desde que respeite alguns requisitos: ser graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. (art. 11)

Os tribunais irão criar e manter cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial, sendo que a inscrição será requerida pelo próprio interessado. A remuneração dos mediadores será fixada pelos tribunais e custeadas pelas

---

<sup>210</sup> CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. In.: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias, op. cit.*, p. 491.

partes, excetuando-se os casos de pessoas necessitadas, para as quais será assegurada a gratuidade da mediação. (art. 12 e art. 13)

A terceira seção disciplina o procedimento de mediação, diferenciando-o para a mediação extrajudicial e para a mediação judicial. Entretanto, há algumas disposições que são comuns a ambos os procedimentos. A depender da complexidade do conflito ou de sua natureza, poderá ser admitido mais de um mediando para atuar no mesmo procedimento. (art. 15) Havendo processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão requerer a suspensão do processo para solucionarem o conflito, sendo irrecorrível a decisão que suspende o processo, nesse caso. (ar. 16) A suspensão não obstará a concessão de medidas de urgência pelo árbitro ou juiz. (art. 16, §2º)

Enquanto transcorrer o procedimento de mediação não correrá prazo prescricional, sendo que o marco inicial da mediação é a data para a qual foi marcada a primeira reunião de mediação. (parágrafo único, artigo 17) O procedimento será finalizado com a lavratura de seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem os esforços para a obtenção do consenso. (art. 20) Na hipótese da ocorrência de acordo, o termo final de mediação constituirá título executivo extrajudicial e, caso seja homologado judicialmente, título executivo judicial. (parágrafo único, art. 20)

O procedimento da mediação extrajudicial será iniciado por um convite feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular a finalidade da negociação, a data e o local da primeira reunião. (art. 21) Se o convite não for respondido em até trinta dias do seu recebimento, considerar-se-á rejeitado. (parágrafo único, art. 21) A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; local da primeira reunião de mediação; critérios de escolha do mediador ou da equipe de mediação; penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. (art. 22)

A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação. (art. 22, §1º)

Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; lista de cinco nomes, informações

de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista; o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais, caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada. (art. 22, §2º)

Já no procedimento da mediação judicial é disposto que os tribunais criarão centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (art. 24) Também na mediação judicial, os mediadores estarão sujeitos à prévia aceitação das partes. Nesse caso, as partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, quando comprovarem insuficiência de recursos, ressalvando o caso de mediações feitas no juizado especial cível federal ou estadual. (art. 26)

Caso a petição inicial de mediação preencha os requisitos essenciais, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação. (art. 27) Nesse caso, o procedimento de mediação deverá ser concluído em até sessenta dias, contados a partir da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem a prorrogação. (art. 28) Havendo acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo, e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo por sentença. As demais disposições não serão analisadas por ultrapassarem o objeto do presente estudo. (art. 28, parágrafo único)

O Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – inovando na ordem jurídica, dispõe logo em seu artigo terceiro, parágrafo segundo, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos. Esta modificação deve ser elogiada, já que instiga as partes a procurarem solucionar as próprias controvérsias, desafogando o judiciário e, principalmente, em âmbito familiar, acabando com o desgaste de um processo para uma família.

Enfatiza, sequentemente, em seu parágrafo terceiro, que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” Constata-se que o novo paradigma do novo diploma processualista é a busca por uma solução mais pacífica e menos impositiva para os conflitos sociais. Tanto é que

até mesmo no decorrer do processo judicial, observando quaisquer dos membros supramencionados a possibilidade de um acordo de forma pacífica, o processo será suspenso até que se conclua a forma consensual de resolução do conflito com a existência de um acordo.

Diferentemente da lei supra mencionada, o Código de Processo Civil, por razões lógicas, trata apenas da mediação judicial. De forma semelhante, dispõe, em seu artigo 165, que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

O mediador, nesse caso, atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Os princípios elencados no âmbito processualista são: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. Diferenciam-se da lei supra analisada os princípios da: independência e decisão informada, e ainda é omissa no que tange aos princípios da: isonomia entre as partes, busca do consenso, boa-fé.

O princípio da independência é importante na medida em que assegura aos mediadores que eles não sofrerão qualquer pressão interna ou externa para o exercício de sua atividade técnica, a fim de que seja ela bem desenvolvida. Já o princípio da decisão informada dispõe que as partes devem ter pleno conhecimento e informação de seus direitos, a fim de que seja estabelecido um acordo. Para conhecer os outros princípios, indica-se a leitura dos princípios já mencionados.

Carlos José Cordeiro e Priscila Aparecida Lamana apontam que

[...] o mediador deve atuar com independência, isto é, liberdade e autonomia, despido, pois, de qualquer pressão externa ou interna, podendo recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu desenvolvimento. Possui autonomia, inclusive, para se negar a redigir acordo ilegal ou inexecutável, mesmo que assim seja a vontade das partes, exteriorizando-se, assim, a força de sua autonomia aliada ao dever de respeito à ordem pública e às leis vigentes.<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. In.: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias, op. cit.*, p. 492.



Os mediadores e as câmaras privadas de mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional, segundo o artigo 167 do diploma processual. Deve-se salientar, ainda, que o tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos.

As partes podem escolher, de comum acordo, a câmara privada de mediação ou o mediador, o qual poderá estar ou não cadastrado no tribunal. Inexistindo acordo, será distribuído entre os mediadores cadastrados no tribunal. Conforme o artigo 169, os mediadores serão remunerados segundo a tabela fixada pelo tribunal.

O mediador ficará impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuar, de assessorar, representar ou patrocinar quaisquer das partes, tal como na lei de mediação.

No artigo 334, é disposto que, recebida a petição inicial e não sendo caso de indeferimento liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 dias. Sendo que a audiência não será realizada se ambas as partes manifestarem desinteresse na solução consensual do conflito e quando não for admitida a autocomposição, como no caso de direitos indisponíveis intransigíveis.

O não comparecimento injustificado do autor ou réu na audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça sendo sancionado com multa. A autocomposição realizada será reduzida a termo e homologada por sentença. (art. 334, §8º)

Portanto, observa-se que há diferenças pequenas entre a abordagem dada pelos diplomas na mediação. O importante é que esse novo método adentrou no ordenamento jurídico e propulsionará sua efetividade, principalmente nas contendas familiares, o que passa a ser analisado.

### *5.5 A mediação nas ações de família*

Muito já fora dito no decorrer deste trabalho que a mediação se mostra como método efetivo para a solução de conflitos familiares, os quais são marcados pelo sentimento. Nesse mesmo sentido, Carlos José Cordeiro e Josiane Araújo Gomes defendem que “a mediação

como método de solução consensual de conflitos traduz-se como ponto positivo para a resolução dos litígios familiares.”<sup>212</sup>

Os mesmos autores explicam que

[...] a mediação possui dentre seus objetivos a facilitação do diálogo entre as pessoas em situação de conflito, de modo que elas possam, de forma prospectiva, idealizar e efetivar novas formas de relacionamento, buscando, assim, a continuidade dos vínculos. Tal desiderato é de extrema relevância para os conflitos que surgem no âmbito das relações familiares, na medida em que, além de existirem sentimentos envolvidos entre os litigantes, os vínculos e as relações existentes entre as partes são, em sua maioria, de existência eterna.

Expressaram, portanto, uma pequena síntese do que até aqui fora elucidado. No Novo Código de Processo Civil, as ações de família, que possuem procedimento especial, foram regulamentadas nos artigos 693 a 699. E, já em seu artigo 694, é colocado de forma peremptória que, nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e a conciliação. Prestigiou-se, portanto, os métodos de solução alternativa de conflitos nessa seara.

Entretanto, a colocação do termo conciliação não se coaduna muito com a maioria das demandas familiares, as quais são de cunho existenciais e não patrimoniais, por isso o método mais adequado seria a mediação de conflitos familiares. No artigo transcrito, é valiosa a adoção da perspectiva interdisciplinar para a transformação desses conflitos, pois se estará lidando com sentimentos, o que exigirá os esforços de psicólogos, assistentes sociais, para além dos funcionários da Justiça.

A adoção preferencial desse método de solução de conflitos deve ser lisonjeada, pois

[...] a complexidade das relações familiares, que, em muitos casos, impede o reconhecimento do conflito já instalado, pode ser melhor compreendida e desvendada por meio da mediação, em que, para além de investigar qual o pedido que se faz em relação ao outro (posição), permite-se identificar qual o verdadeiro interesse que move a situação de discórdia. Ademais, a mediação revela sua relevância ao permitir que, em se tratando de questões tão íntimas

---

<sup>212</sup> CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Novo Código de Processo Civil e Direito das Famílias: primeiras impressões. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coordenadores). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias*. V. 2. São Paulo: Editora Pillares, 2015, p. 167.

e afetas ao âmbito privado, os conflitos de família sejam solucionados exatamente por aqueles que neles se envolvem.<sup>213</sup>

Isto posto, o ordenamento jurídico vem passando por uma modificação de antigos paradigmas, o que beneficia, em demasia, a concretização da autonomia humana e a promoção e o desenvolvimento da pessoa. Com essas modificações, a atividade jurisdicional está buscando sua máxima efetividade, propiciando novos métodos de composição das controvérsias. Entretanto, não é o bastante a existência dessas inovadoras disposições legais, deve haver, no âmbito jurídico, pessoas capazes de propagar e estimular esses novos ideais, a fim de que haja uma mudança de mentalidade e uma maior pacificação de controvérsias.

## 6 A CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA HUMANA PARA A SOLUÇÃO DE SEUS PROBLEMAS FAMILIARES. UM CAMINHO POSSÍVEL?

A concretização da autonomia humana para a solução de seus problemas familiares, para além de um caminho possível, é um caminho necessário. A autonomia, superficialmente, pode ser traduzida como a capacidade que o indivíduo tem de se governar com seus próprios meios e assumindo suas responsabilidades. O que muito se vê no âmbito judiciário é uma transferência de responsabilidades a um terceiro imparcial, que ditará regras, as quais muitas vezes não serão cumpridas.

Como foi sublinhado, os conflitos familiares possuem como característica o afeto, o sentimento e as relações familiares são marcadas pela perenidade. Por isso, é importante que as pessoas assumam o ônus das próprias escolhas e ajam com responsabilidade perante o outro. As pessoas não são descartáveis e devem ser reconhecidas, cada qual, por sua dignidade.

O reconhecimento dessa autonomia ensejará um espaço de abertura para ouvir o outro e exercer a empatia, levando à reflexão. Já que se sabe que a mera transferência de um conflito para que outro resolva não insere a pessoa plenamente na contenda, chegando até mesmo a transformá-la em um conflito ainda maior e, para alguns autores, gerando uma espiral de conflitos.

Com a mediação e o incentivo ao diálogo, há a instalação de uma linguagem ternária, que visa à devolução da “capacidade de recuperação da responsabilidade por si próprio, de

---

<sup>213</sup> CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Novo Código de Processo Civil e Direito das Famílias: primeiras impressões. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coordenadores). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias*. V. 2, *op. cit.*, p. 167-168.

uma forma adulta, em lugar de entregar a decisão de sua vida ao juiz ou ao aconselhamento de um advogado ou conciliador, enfim, numa atitude infantilizada.”<sup>214</sup> Logo, essa responsabilidade por si próprio deve ser alcançada, a fim de que as pessoas se amadureçam e se emancipem.

As famílias são decorrência dos diversos arranjos constituídos pelo homem e tem como marca comum o afeto. Para as famílias, não há uma forma pré-estabelecida e não pode ocorrer uma imposição do Estado de um modelo padrão para tanto. Fora visto que a família é o primeiro local em que as pessoas aprendem a lidar com os conflitos. É a família também um instrumento pessoal de realização das pessoas e um lugar de desenvolvimento da personalidade.

É notável, portanto, a importância do estabelecimento de uma autonomia pessoal para a resolução dos conflitos familiares, já que os indivíduos passarão a ser responsáveis pelas próprias escolhas. E o reconhecimento pelo ordenamento jurídico do método mediativo afirma “a retirada cada vez maior do Estado dos assuntos de interesses dos particulares, situando-se no bojo do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só pode melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos.”<sup>215</sup> Destarte, a plenitude individual está à guisa de ser alcançada.

Nesse mesmo sentido, Evandro Souza Lima e Samantha Pelajo afirmam que

O Estado deve promover o efetivo exercício da cidadania pelos indivíduos, tornando-os plenamente responsáveis por suas escolhas e pelos resultados delas decorrentes. Contudo, a cultura de busca automática pelo Poder Judiciário como instância única ou exclusiva capaz de solucionar os conflitos de interesses parece roborar a desoneração dessa responsabilidade. É necessário incrementar o movimento de estímulo à autossuficiência, à autodeterminação individual, como forma de exercício pleno da cidadania.<sup>216</sup>

A busca da autonomia individual para a resolução dos conflitos familiares é decorrência, portanto, do exercício pleno da cidadania. E, por isso, urge o estímulo à uma mudança de mentalidade, incrementando o estímulo à autonomia individual. Nesse sentido,

---

<sup>214</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Prática da mediação: ética profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). Família e Dignidade Humana: *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 63.

<sup>215</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 11.

<sup>216</sup> LIMA, Evandro Souza; PELAJO, Samantha. A mediação nas ações de família. P. 223-245. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coordenadores). *A mediação no novo código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 226.

espera-se uma “transformação da tônica argumentativo-competitiva em abordagem empático-reflexiva”<sup>217</sup>.

Portanto, por meio do estímulo ao diálogo entre as pessoas tornando-as responsáveis pelas próprias escolhas e a manutenção dos vínculos criados, os indivíduos lograrão a própria autonomia. Essa trilha será um pouco árdua a ser percorrida, já que a cultura dominante é a cultura da adversariedade, a qual deve ser suplantada por uma cultura da paz.

## 7 A INTERSEÇÃO ENTRE A FAMÍLIA E O DIREITO: A PROMOÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DA PESSOA

A relação entre a família e o direito pode ser traduzida sob dois aspectos: a família do direito e a família no direito. A família do direito é aquela prescrita pela lei. Já a família no direito é a materialização do direito de família, ou seja, é o mundo empírico que contacta com a norma.<sup>218</sup> Sabe-se que as experiências empíricas no âmbito familiar em muito se destoam de um único modelo familiar – a família ideal – como havia antes do advento da Constituição Federal de 1988.

Com o advento da Constituição Federal, “a família legítima” que “só poderia existir com o casamento civil, um ato extrajudicial”, passou a ceder lugar para “famílias monoparentais e as formadas pela união estável entre homem e mulher.”<sup>219</sup> Entretanto, essa tentativa normativa em determinar modelos ideais de família sempre restará incompleta, devido às diversas manifestações sociais.

Na contemporaneidade, há “um movimento pela descodificação do direito civil, em geral, e do direito de família, em específico, e pela visão da família como um lugar privilegiado para o desenvolvimento pessoal.”<sup>220</sup> Logo, a família é um lugar de personalização dos indivíduos e do estabelecimento de sua subjetividade e não cabe aos códigos disciplinar padrões de convivência.

Nesse mesmo sentido, Carlos José Cordeiro descreve

[...] de fato, não cabe ao Estado-legislador criar o fenômeno familiar, mas apenas tutelar as famílias que se formam naturalmente, orientadas e estruturadas pelo afeto, de modo a proteger a dignidade de seus membros.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 233.

<sup>218</sup> ZARIAS, Alexandre. A família do direito e a família no direito: a legitimação das relações sociais entre a lei e a Justiça. *Revista brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 25.Nº74, outubro 2010, p. 61-76, p. 68.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 73.

Portanto, a família representa o ambiente em que cada pessoa busca a sua própria realização, por meio do relacionamento com outras pessoas, não se restringindo apenas ao casamento, estrutura familiar instituída pelo Estado.<sup>221</sup>

A função do Direito, portanto, não é disciplinar famílias ideais, mas proteger os indivíduos que constituem qualquer forma de arranjo familiar, preservando-lhe a sua dignidade. Sabe-se que não é devida a proteção à instituição familiar em si, mas apenas a tutela de seus membros, a fim de promovê-los e não os deixar em desamparo. Essa orientação é corroborada por Maria Celina Bodin

A superação da visão institucional da família, já referida, e a crescente valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana ensejam a proteção cada vez mais ampla da esfera individual, em detrimento de ultrapassadas “razões de família”. Visa-se agora a satisfação de exigências pessoais, capazes de proporcionar o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da família, vista esta como formação social de natureza instrumental, aberta e democrática.<sup>222</sup>

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também partilham do mesmo entendimento

Ou seja, a proteção ao núcleo familiar deve estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos e garantistas) princípios gerais da Lei Maior. Por isso, desnivelar a proteção humana, sob o argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional!<sup>223</sup>

Já fora relatada que a discussão sobre a família ultrapassa a controvérsia sobre a sua constituição. E, inclusive, o Direito vem reconhecendo que “o tônus do signo ‘famílias’ enlaça-se na afetividade, daí que jamais a norma jurídica será capaz de criá-la, porque tal pressuposto decorre de uma emoção que é peculiar ao humano.”<sup>224</sup>

<sup>221</sup> CORDEIRO, Carlos José. Do direito das famílias: introduzindo o tema da afetividade familiar. *In.*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013, p. 24.

<sup>222</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In.*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 624.

<sup>223</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: *famílias*. V. 6. 8ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 38.

<sup>224</sup> SANDIM, Emerson Odilon. Família e psicanálise: o complexo familiar na contemporaneidade. *In.*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013, p. 327.

Por isso, da mesma maneira que já fora abordado no capítulo dois de que a família se apresenta como um local para o desenvolvimento da pessoa e sua promoção, o Direito deve interceptar, a fim de garantir essa mesma promoção e desenvolvimento individual. A teoria do Direito como instrumento promocional já foi abordada no capítulo quatro, tendo como expoente Norberto Bobbio, logo é simples a conjugação entre o direito e as famílias: a partir do desenvolvimento e promoção dos seus membros. Isso é possível, porque, segundo Flávia Piovesan

[...] estamos diante do desafio de resgatar e recuperar o potencial ético e transformador do aparato jurídico, aplicando a Constituição e os instrumentos internacionais de direitos humanos por ela incorporados. Estamos diante do desafio de emprestar à nossa prática profissional uma nova marca, que é a marca dos direitos humanos. Que possamos reinventar, reimaginar e recriar a nossa prática a partir deste novo paradigma e referência: a prevalência dos direitos humanos.<sup>225</sup>

Deve, pois, haver uma prevalência dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade desses indivíduos, a fim de promovê-los e impulsioná-los a alcançar voos mais altos, desenvolvendo, concomitantemente, a própria sociedade. E, paralelamente, as diversas famílias fomentarão esse mesmo desenvolvimento e promoção.

Há vozes na doutrina que já se levantam contra a ingerência Estatal no âmbito da autonomia privada – principalmente no Direito de Famílias. Trata-se da intervenção mínima do Estado nas relações familiares ou Direito das Famílias mínimo, valorizando mais a autonomia privada. Essa mudança de mentalidade é corolário da natureza da relação jurídica que se encontra no âmbito familiar – notadamente reflexo da autonomia privada de cada indivíduo. Por isso, a presença do Estado só se tornará justificada quando tiver como substrato a proteção dos sujeitos de direito, principalmente, dos vulneráveis.<sup>226</sup>

A sociedade dispensa um sistema judiciário que “traumatiza o indivíduo e a família, repetindo a situação traumática por ele vivida – como é o caso, por exemplo, das separações que encontram no Judiciário eco para os aspectos mais destrutivos do relacionamento.”<sup>227</sup> Por isso, a comunhão entre o direito e a família só será legítima quando for abrigo que tutela a

<sup>225</sup> PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. In: *As mulheres e os direitos humanos*. Coleção “Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero”, vol. 2. Coord. Leila Linhares Barsted & Jacqueline Hermann. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001, p. 27.

<sup>226</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: *famílias*. V. 6. 8ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 46-47.

<sup>227</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 453.

dignidade dos membros familiares e não para a destruição ou ampliação de situações traumatizantes.

Destarte, a interseção entre a família e o direito faz-se necessária para a proteção dos indivíduos que compõem essa relação social, a fim de promovê-los e garanti-los o desenvolvimento. E, ainda, o ordenamento jurídico brasileiro, em uma mudança paradigmática, está fomentando formas mais adequadas para a resolução de contendas familiares – como a prevalência do processo de mediação – o que afirma, ainda mais, sua função promocional perante as contendas familiares e os próprios indivíduos nelas integrantes.

## CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto, observa-se a importância das famílias na pós-modernidade, pois elas são o *locus* de desenvolvimento pessoal, utilizando para tanto o afeto e as emoções de seus integrantes. É essa peculiaridade que demanda tratamento especial pelo ordenamento jurídico, para além de formalidades e objetividades. Por isso, o método de tratamento proposto para acalantar os conflitos familiares fora a mediação.

A mediação não visa solucionar/colocar fim aos conflitos, mas apenas transformá-los. Tem como finalidade precípua o reestabelecimento do diálogo entre pessoas que não mais estão dispostas a falar e, muito menos, ouvir o outro. E é justamente essa quebra na comunicação que dá ensejo a conflitos e a ampliação deles.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação – nº 13.140/2015 – o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu uma mudança paradigmática a fim de acolher o método mediacional, principalmente, nas ações de família, nas quais a mediação se torna a regra. Isso ocorre, porque o legislador compreendeu que a subjetividade de cada um só poderá ser exposta por meio do diálogo e, que, em se tratando de questões familiares, ninguém melhor do que as próprias pessoas envolvidas nas relações afetuosas para buscarem soluções criativas para os litígios.

Urge que estabeleça uma mudança de mentalidade, primeiramente, daqueles que lidam com o Direito, os tão aclamados “operadores jurídicos”. Entretanto, a despeito do uso comum da expressão, ela deve ser questionada, pois o Direito não é máquina para ser operada. O Direito é permeado pelo humano e é feito para o ser humano. Por isso, aqueles que buscam o Judiciário não devem ter como resposta um mero provimento jurisdicional; para além de



formas, procedimentos e sentenças, essas pessoas precisam de acolhimento. Esse acolhimento é propiciado apenas por dar às pessoas a oportunidade de falarem, de se comunicarem, de se expressarem.

Em contendas familiares, é despiciendo um procurador para falar pelas partes, pois os procuradores dificilmente terão consciência da extensão do sofrimento, da extensão do afeto, se realmente o que bateu às portas do Judiciário era “resto” de amor. Ao se olvidar disso, os juristas estarão em grande armadilha – ao invés de dirimir a controvérsia, eles apenas a ampliarão, já que a causa primeva do conflito não foi questionada.

Por isso, proporcionar um espaço dialógico entre os mediandos deve ser colocada como uma questão de primeira ordem. A dialética do processo judicial em nada combina com os conflitos familiares, porque nesses casos não se pode estabelecer com determinação quem é o vencedor ou vencido; ou quem sucumbiu parcialmente. Essa linguagem binária, portanto, em nada se coaduna com a individualidade, com a personalização. Isto posto, urge a adoção da linguagem ternária, em que todos saiam ganhando e, para além disso, as pessoas passem a desenvolver a capacidade de empatia, ou seja, do reconhecimento do outro e dos próprios limites.

A família como um lugar privilegiado, que desenvolve a personalidade individual e propicia a faculdade de amar e ser amado, deve ser protegida pelo ordenamento. Porém, essa proteção não se resume à preservação do arranjo familiar, mas também a um acolhimento dos indivíduos, já que o Direito igualmente se coaduna com as instituições familiares, com o intuito de promover o desenvolvimento pessoal e a autonomia individual.

Essa proteção individual será realizada quando houver qualquer violação a direitos humanos, direitos fundamentais, direitos de personalidade, por meio de um diálogo de fontes, especialmente quando se estiver lidando com os indivíduos denominados como vulneráveis. E deve-se, ainda, considerar as especificidades dos conflitos familiares, que não envolvem patrimônio, em muitos casos, mas a existência individual, o ser individual.

Para lograr essa proteção, defendeu-se que o sistema jurídico, tal como se mostra hoje, limitando-se a dar provimentos em estrita observância com o Direito, relegando o fator humano, é inefetivo. Porém, essa realidade está à guisa de transformação. O primeiro passo foi a mudança na legislação, a qual acolheu o método mediacional de resolução de conflitos. O segundo passo ainda deve ser dado por cada um daqueles que estão inseridos no universo jurídico. Os juristas, portanto, estão com grande responsabilidade perante à sociedade e espera-se que eles possam adimplir o pacto de promoção da paz social.

Por isso, urge a existência de mais juízes humanitários, os quais não enxergam apenas partes, mas enxergam seres humanos, cada qual portador da própria dignidade. É necessário que os juristas incorporem a visão de que o Direito é sim um instrumento de promoção da pessoa, apesar de haver muito ceticismo nesse sentido, porém o segundo passo deve ser dado antes de criticado.

Com mudanças legais, mudanças de mentalidade, o Direito poderá propiciar às pessoas, para além da paz social, a paz interna, pois, sob esse prisma, as pessoas terão a própria autonomia, podendo guiar as próprias escolhas e selecionar os próprios caminhos a seguir. Essa responsabilidade é uma dádiva, pois, com ela, estar-se-á aprendendo, crescendo e se emancipando dos grilhões externos e impositivos da sociedade.

Salienta-se, ainda, que é por meio do inter-relacionamento entre esse Direito prospectivo, voltado agora para o futuro e não mais para o passado, e as Famílias contemporâneas, que a promoção e o desenvolvimento pessoal dos indivíduos poderá ser efetivamente alcançado.

Portanto, o diálogo é uma troca – o saber ouvir e ser ouvido; o saber falar e escutar – a vida em sociedade é também permeada por trocas. Ninguém é uma ilha, já dizia o poeta. É necessário o desenvolvimento dessa habilidade de troca, principalmente no âmbito familiar. Apenas dessa forma lograr-se-á uma efetiva transformação de conflitos familiares de forma salutar.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Organizadores). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.
- ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- AVILA, Eliedite Mattos. Mediação familiar: *mitos, realidades e desafios*. *Revista de Direito Privado*. RDPPriv 35/97, jul.-set./2008.
- AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 85-91.
- BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. 2003. 135 f. (Mestrado em Direito Civil) – FDUSP.
- \_\_\_\_\_. Prática da mediação: ética profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. *Revista sequência*, nº 57, p. 131-152, dez. 2008.
- BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice. Justiça estatal e mediação. *Meritum*. Belo Horizonte, v. 7, nº2, p. 401-410, jul./dez. 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006.
- CÁRDIAS, Sibebe Macagnan. *O diálogo como elemento mediador de práticas educativas reflexivas*. Disponível em < <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/022e4.pdf>> acessado 06/07/2014.
- CHEMAMA, Roland. *Dicionário de psicanálise*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1995.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- CORDEIRO, Carlos José. Do direito das famílias: introduzindo o tema da afetividade familiar. In.: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013.
- CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no direito das famílias e a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. In.: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013.
- CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Novo Código de Processo Civil e Direito das Famílias: primeiras impressões. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coordenadores). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias*. V. 2. São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*. RDPriv 19/56, jul.-set./2004. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José organizadores. *Família e sucessões: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 8ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- FERRAZ JR. , Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERRY, Luc. *A revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. Tradução: Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

- FILHO, Roberto Lyra. *O que é direito*. 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.
- FIÚZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 151- 180, jul./dez. 2015.
- FONTES, Flávio Fernandes. *O conflito psíquico na teoria de Freud*. São Paulo: Psyche, dez. 2008, vol. 12, nº23.
- GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. *Que é isto – A filosofia? Identidade e diferença*. 2ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2009.
- HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito Processual e o resgate do humanismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Thex Ed., 1997.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, jan.-dez. 2006, p. 153-167.
- \_\_\_\_\_. Um devaneio acerca da ética no Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- KAKFA, Franz. *O Processo*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- LIMA, Evandro Souza; PELAJO, Samantha. A mediação nas ações de família. P. 223-245. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coordenadores). *A mediação no novo código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Tradução: Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2007.
- \_\_\_\_\_. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução: Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista de Direito Privado*. RDPriv 19/243, jul.-set./2004. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José organizadores. *Família e sucessões: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. Tese (Doutorado em 2010). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*. Vol. 888/2009, p. 9-36, out. 2009.
- MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. A prática moderna da mediação: integração entre a psicologia e o direito. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na Prática Jurídica*. São Paulo: Millennium, 2008.
- MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coordenadora). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, nº 58, p. 183- 202, nov. 2.000.
- MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coordenadora). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Família e Dignidade Humana: Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- \_\_\_\_\_. Na medida da pessoa humana: *estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*. 3ª ed. São Paulo: Summus, 2008.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, v. LXXIV, p. 1-44, 1998.
- \_\_\_\_\_. O Direito Hoje e com que Sentido? *O problema atual da autonomia do Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

- OLIVEIRA, Raquel Alexandra Duarte. Resolução de conflitos: *perspectiva dos alunos do 4º ano do Conselho de Arruda dos Vinhos*. Universidade aberta. Dissertação. Junho 2007.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Introdução. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Organizadores). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a Justiça brasileira?. P. 1- 32. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coordenadores). *A mediação no novo código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. In: *As mulheres e os direitos humanos*. Coleção “Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero”, vol. 2. Coord. Leila Linhares Barsted & Jacqueline Hermann. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001.
- PISKE, Oriana. Fins sociais da lei. *Revista Consulex*, nº 375, setembro de 2012. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/fins-sociais-da-lei-juiza-orianapiske>> Acesso em: 18 de jan. de 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o Direito de Família. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 6/2005, p. 75-105, jul.-set./2005.
- RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coordenadores). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 273-310.
- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2014.
- SANDIM, Emerson Odilon. Família e psicanálise: o complexo familiar na contemporaneidade. In.: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo, Coordenadores. *Temas Contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Editora Pillares, 2013.
- SEN, Armatya. *A ideia de Justiça*. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

- SILVA, Flávia Gonçalves da. Subjetividade, individualidade, personalidade e identidade: concepções a partir da psicologia histórico-cultural. *Psicologia da Educação*, São Paulo, v. 28, 1º semestre de 2009, pp. 169-195.
- WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*. Vol. 195/2011, p. 381-389, maio de 2011.
- WELSCH, Gisele Mazzone. *A eficácia jurídica e social (efetividade) das normas de direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%205%20-%20A%20Eficacia%20Juridica%20e%20Social%20\(Efetividade\)%20das%20Normas%20de%20Direitos%20Fundamentais.pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Artigo%205%20-%20A%20Eficacia%20Juridica%20e%20Social%20(Efetividade)%20das%20Normas%20de%20Direitos%20Fundamentais.pdf)> Acesso em: 18 de jan. de 2016.
- ZARIAS, Alexandre. A família do direito e a família no direito: a legitimação das relações sociais entre a lei e a Justiça. *Revista brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 25.Nº74, outubro 2010, p. 61-76.