

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA
PUC-SP**

PAOLA FURINI PANTIGA FRANCO DE GODOY

**SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO PARA OS
CONFLITOS EM DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**

**São Paulo
2019**

PAOLA FURINI PANTIGA FRANCO DE GODOY

**SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO PARA OS
CONFLITOS EM DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito de Família e Sucessões, sob orientação da Professora Doutora Coordenadora Maria Helena Braceiro Daneluzzi.

**São Paulo
2019**

Dedico este estudo aos meus amores **Gustavo e Isabella**, que me acompanham nesta jornada repleta de afeto, dando base e força para que eu siga em frente todos os dias. Agradeço à minha mãe por sempre acreditar e à minha família por ser a razão de todo esse amor que transborda e nos mantém unidos, sempre.

RESUMO

O objetivo deste estudo é tratar das alternativas à judicialização combativa, aplicando ferramentas e métodos não contenciosos para solução dos conflitos em Direito de Família e Sucessões, mostrando e discutindo opções de formas como alternativa ao contencioso. O Direito de Família e Sucessões vem se transformando ao longo do tempo, mas não acompanha a evolução humana e das famílias, sendo possível dizer que a legislação acaba ficando aquém das necessidades de seus cidadãos. Atualmente, na sociedade, as famílias são eudemonistas, ou seja, tendo base no afeto e no respeito, as pessoas se unem, se associam e formam grupos de benefícios mútuos. Não importa o formato, a família se forma e define pelo afeto, cria vínculos, que podem ser consanguíneos, por afinidade ou afetivos. A família, desde sempre, é protegida legalmente, sendo a principal célula da sociedade e de nosso ordenamento jurídico, dotado de princípios, que valora a afetividade, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, o poder familiar responsável, todos abarcados pela Carta Magna de 1988, nos artigos 226 a 229. Com a evolução da família, necessária a adequação e modernização do Judiciário na busca e com foco à atender suas demandas e necessidades. Como exemplo, podemos citar a tese firmada pelo STF sobre a paternidade socioafetiva, com todos os seus efeitos jurídicos inerentes. O caso mãe, RE 898.060 trata da multiparentalidade e reconhece expressamente sua existência e efeitos. Permite-se então a modernização do conceito de família, reconhecendo o afeto como seu princípio basilar e se faz importante ressaltar que tal evolução autoriza o uso de ferramentas, métodos alternativos à judicialização, como a conciliação e a mediação, como forma de auxiliar as famílias no reconhecimento e adequação legal a esta realidade, seja ela sócioafetiva ou biológica, deve ser reconhecida diante da igualdade material presente no ordenamento jurídico pátrio, sem que haja distinção de pais e filhos, por ambas as paternidades possuírem vínculos fortes e relevantes. De todo modo, o tema ainda traz dúvidas e controvérsias, especialmente no âmbito do Direito de Família a Sucessões e suas consequências.

Palavras-chave: Soluções pacíficas de conflitos. Mediação. Conciliação

ABSTRACT

The aim of this study is to address the alternatives to combative judicialization by applying non-contentious tools and methods to resolve family law and succession conflicts, showing and discussing options in ways as an alternative to litigation. Family and Succession Law has been changing over time but does not keep up with human and family evolution, and it can be said that the legislation ends up falling short of the needs of its citizens. Nowadays, in society, families are eudemonists, that is, based on affection and respect, people unite, associate and form groups of mutual benefits. No matter the shape, the family is formed and defined by affection, creates bonds, which can be inbred, affinity or affective. The family has always been legally protected, being the principal cell of society and our principled legal system, which values affection, the dignity of the human person, solidarity, responsible family power, all embraced by the Magna Carta. of 1988, in articles 226 to 229. With the evolution of the family, it is necessary the adequacy and modernization of the judiciary in the search and focusing on meeting their demands and needs. As an example, we can cite the STF's thesis on socio-affective paternity, with all its inherent legal effects. The parent case, RE 898.060 deals with multiparenting and expressly acknowledges its existence and effects. This allows the modernization of the concept of family, recognizing affection as its basic principle and it is important to emphasize that such evolution allows the use of tools, alternative methods to judicialization, such as conciliation and mediation, as a way to help families. In the recognition and legal adequacy to this reality, whether socio-affective or biological, it must be recognized in the light of the material equality present in the national legal system, without distinguishing between parents and children, because both fathers have strong and relevant ties. Anyway, the subject still brings doubts and controversies, especially in the area of Family Law to Successions and its consequences.

Keywords: Peaceful conflict solutions. Mediation. Conciliation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 O PAPEL DO PROFISSIONAL QUE ATUARÁ NA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS	11
2 DO CONFLITO E DOS MÉTODOS E MODELOS DE NEGOCIAÇÃO	18
3 DOS MEIOS DE ADMINISTRAÇÃO DOS CONFLITOS	24
3.1 DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	28
3.2 DA ARBITRAGEM.....	30
3.3 DA CONCILIAÇÃO.....	33
3.4 DA CONSTELAÇÃO	34
3.5 DA MEDIAÇÃO	37
4 DA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES	40
5 ESTUDO DE CASO - DA VIVÊNCIA NA PRÁTICA COMO MEDIADORA E CONCILIADORA JUNTO AO JUDICIÁRIO PAULISTA	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa trazer ao leitor e àqueles que atuam em Direito de Família e Sucessões alternativas à judicialização dos conflitos tão frequentes nessas áreas do direito, objetivando pacificar as partes, com foco na família e não nas posições ou interesses individuais, uma vez que são matérias afeitas ao íntimo dos envolvidos, que muitas vezes se perpetuam desnecessariamente, causando mágoa e dor.

Não é de hoje que se fala em mediação, Jesus Cristo foi tratado e designado como mediador, igualmente os chefes de tribos africanas, vez que em suas épocas já discutiam a postura das pessoas, regras de convivência em sociedade, controle social de pacificação, objetivando a possibilidade do exercício da vida em comum.

Portanto, trata-se de algo novo apenas no campo da abordagem e da utilização no âmbito do Judiciário, bem como é permitido entender que o início da aplicação de métodos alternativos foi pouco sistematizado e baseado em práticas isoladas de alguns juízes.

Tais ferramentas, que são abordadas individualmente ao longo do trabalho, são métodos inter e multidisciplinares e uma das principais características – comum a todos os métodos - é a escuta ativa, ou seja, aprender a ouvir. A pessoa que opta por utilizar o caminho alternativo ao contencioso e usa suas ferramentas é um facilitador, com cerne humanista, convencido da conciliação como meio, que atua com sensibilidade e isenção.

No Brasil, houve um grande avanço na institucionalização dos métodos alternativos no âmbito do Judiciário após a criação do Conselho Nacional de Justiça.

O conceito veio da França, no sentido de resgatar a independência do Judiciário.

Aqui, por exigência do Banco Mundial e tendo em vista a morosidade excessiva do Judiciário, que atuava quase como “cada Tribunal uma Autarquia”, sem qualquer fiscalização, foi criado e a Resolução não foi contestada, ao contrário, foi absorvida, instituindo uma política de tratamento adequada no âmbito do Judiciário.

A Resolução 125/2010 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses em todo o Judiciário.

Em 1996, a Conselheira do Conselho Nacional de Justiça passou a enfrentar o tema, sendo seguida por um juiz de Santa Catarina que saiu de sua jurisdição para lhe auxiliar.

O maior desafio enfrentado, ainda hoje, é tirar do juiz a cultura da sentença e dos advogados a cultura do litígio, colocando em seus lugares a cultura da composição. Ou seja, cultura da sentença x cultura da pacificação. Mudar a mentalidade dos lidadores do direito como um todo, organizando a sociedade de forma a mudar seu olhar.

Os artigos 4º e 6º da Resolução 125 trazem as diretrizes gerais, quais sejam, os incentivos à auto composição de litígios e pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

O art. 7º define os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), que desenvolvem a Política Nacional no âmbito dos Tribunais, servindo como um núcleo de inteligência dos Centros.

Os arts. 8º a 11, tratam dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, nossos conhecidos Cejusc's, que possuem a atribuição de executar a Política Nacional e são compostos de três setores: pré-processual, processual e cidadania.

Portanto, para que esta engrenagem funcione, deve existir uma atuação interligada e coordenada entre o CNJ, o NUPEMEC e os CEJUSC's.

Esta atuação conjunta e organizada se dá através de Campanhas Nacionais de Conciliação, como por exemplo “Ganha o cidadão, ganha a Justiça, ganha o país”. A Campanha de 2015, por exemplo, trouxe que: “A conciliação é a solução do conflito de forma rápida e definitiva”. Já estamos caminhando, em 2019, para a 12ª Campanha de Conciliação promovida pelo CNJ como forma de divulgação e incentivo à conciliação.

O Estado de São Paulo foi o primeiro a absorver e implementar a Resolução 125 do CNJ.

As campanhas de conscientização são ferramentas importantes na divulgação dos meios alternativos de solução de conflitos, atingem grande número de pessoas, incluindo as que não litigam em processos mas possuem dúvidas e buscam esclarecimentos, que são dirimidos através dos chamados “serviços de cidadania”.

Tal prática, entretanto, não deve se limitar às campanhas ou semanas nacionais, mas ser incorporada à rotina de juízes, membros do MP, do Judiciário e advogados.

Assim, após a criação do CNJ e com o advento das Leis 13.105/15 (NCPC – Lei Geral) e 13.140/15 (Mediação – Lei Especial) podemos dizer que tivemos um marco legislativo, quando foi possível entender as diferenças entre os métodos - que serão tratadas cada qual em seu capítulo.

O Código de Processo Civil em vigor atribuiu grande importância aos métodos consensuais e à atuação do conciliador e do mediador, como podemos destacar da leitura dos artigos: 3º - que trata do fundamento; o art. 139 – dos auxiliares da justiça; os arts. 165 a 175 por sua vez criam os centros judiciários, definem conciliador e mediador, trazem os princípios, tratam das câmaras privadas, da capacitação, concurso, credenciamento, impedimento do advogado, escolha do mediador, remuneração, impedimento do conciliador, criação de câmaras públicas, mediação extrajudicial; o art. 334 traz a questão da audiência e os arts. 694 a 699 regulam a mediação familiar.

O art. 3º do NCPC, se ainda podemos chama-lo de “novo”, traduz-se como releitura do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e é norma fundamental, que traz e relata uma nova abordagem e entendimento do legislador, na medida em que serve de base, de guia, pois valoriza o meio consensual de solução de conflitos.

Evidente que o judiciário é imprescindível, os conflitos humanos sempre existirão, exigindo a participação do Estado/Juiz, como forma de resolver litígios, afinal, as pessoas terceirizam seus conflitos e muitas vezes ainda saem insatisfeitas com o resultado.

Portanto, tais métodos vieram para dar outro caminho, mostrar alternativas e meios de soluções destas questões.

O judiciário precisa mudar, se abrir e recepcionar a cultura de paz trazida por estas novas formas, novos métodos de solução dos conflitos, diminuindo a cultura

adversarial (burocrática, cara e ineficiente) e preparando-se para receber as pessoas, os entes que estão por trás dos processos.

Este movimento de mudança de cultura, a partir do momento que é trazido e validado pelo judiciário, reverberará nas partes, nos envolvidos com e pelo conflito e acabará por educa-los nesta nova concepção.

“É no problema da educação que assenta o grande segredo do aperfeiçoamento da humanidade” – Immanuel Kant

1 O PAPEL DO PROFISSIONAL QUE ATUARÁ NA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS

Com intuito de institucionalizar a nova cultura e aplica-la adequadamente, o profissional que atuará na aplicação dos métodos, ou seja, os conciliadores e mediadores devem ser capacitados adequadamente para tal, submetidos a avaliações e reciclagens periodicamente.

No desenvolvimento das diretrizes da Política Nacional, o CNJ vem promovendo ações em cada um destes aspectos, quais sejam, capacitação (art. 167, § 1º, NCPC), cadastro (arts. 167 e 168, NCPC), avaliação (art. 167, § 3º e 4º) e até remuneração (art. 169 e Resolução 809/2019 - TJSP¹).

Importante ressaltar que para atuação no âmbito judicial é obrigatório o cadastro dos mediadores e conciliadores junto aos Tribunais de Justiça.

A legislação também trata da conduta ética do profissional que irá atuar na mediação e na conciliação e o ensina que a prática dos métodos deve se basear em princípios de conduta como igualdade, dignidade, liberdade, boa-fé, estabilidade.

É possível dizer que a ética é tratada pela Resolução 125 do CNJ, pelo FONAME – Fórum Nacional de Mediação, pelo CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, pelo NCPC e pela Lei de Mediação já mencionada.

Como princípios éticos, destacamos imparcialidade com relação à partes e confidencialidade, mantendo dever de sigilo, com a exceção ao previsto na lei 13.140/15, ou seja, se o profissional atuante tomar conhecimento de crime de ação pública.

Como conduta, deve atuar com base na autonomia da vontade das partes, com neutralidade em relação ao mérito do conflito, independência e autonomia, que significa atuar com liberdade, bem como respeito à ordem pública.

¹ TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Resolução nº 809/2019*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Resolucao809-2019.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

Este profissional, quando está atuando, não é advogado, juiz, árbitro, psicólogo, professor ou administrador. Há quem diga que é tudo isso. Mas é na verdade um facilitador, equidistante, com escuta ativa.

O Estado de São Paulo possui o maior número de conciliadores, são 794 e 1.155 mediadores formados, cadastrados sob as normas da resolução e atuantes².

O profissional que atua nestas áreas é um auxiliar da justiça (art. 149, NCPC), equiparado ao funcionário público para fins penais (art. 8º Lei de Mediação) e sujeito de uma série de deveres.

Há muitos desafios pela frente, além quebrar as barreiras culturais, um dos grandes é o uso destas ferramentas em casos de grande complexidade, como lidar com grandes litigantes (como INSS, Bancos, Operadoras de Telefonia, Aéreas), como avançar qualitativamente através da capacitação, ou seja a qualidade que deve atrair a quantidade.

Aqui, vale citar Max Ehrmann³ “E mesmo que não lhe pareça claro, o universo, com certeza está evoluindo como deveria”. E, ainda, a mensagem propagada pela UNESCO: “posto que as guerras nascem na mente dos homens, é na mente dos homens que se devem construir os baluartes da PAZ”.

Precisamos voltar o olhar para uma cultura de paz, de respeito, de valorização do ser humano, da pessoa humana. O papel deste movimento de inserção de soluções alternativas de conflitos é focar na construção de uma visão de paz, com base no respeito, na solidariedade, no afeto, na tolerância, na igualdade.

Evidente que uma cultura de paz requer aprendizado e uso de técnicas para o gerenciamento e solução pacífica de conflitos. As pessoas devem aprender como encarar os conflitos sem recorrer à violência ou dominação.

Temos como eixos essenciais à cultura de paz: a educação; uma economia sustentável e desenvolvimento social; compromisso com os direitos humanos; equidade entre os gêneros; participação democrática; compreensão, tolerância,

² CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Cidadão pode escolher mediadores e conciliadores do Cadastro Nacional do CNJ*. 24/03/2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84520-cidadao-pode-escolher-mediadores-e-conciliadores-do-cadastro-nacional-do-cnj> Acesso em: 14 set. 2019.

³ <https://amenteemaravilhosa.com.br/historia-famoso-poema-desiderata/> Acesso em 25 set 2019.

solidariedade e diversidade; comunicação participativa, com livre fluxo de conhecimento e informação; cultura de paz e segurança.

Para que os eixos se conectem, é preciso aplicar tecnologias de convivência como diálogo, mediação (que ajuda a promover e criar espaço para o diálogo e escuta ativa), justiça restaurativa, comunicação não violenta, cooperação, dinâmicas relacionais, alfabetização emocional.

Sempre existirão conflitos, eles são inerentes ao ser humano, à toda sociedade democrática, plural e multicultural. Para existir conflito, basta que sejam diferentes. E todos somos diferentes.

Para pacificá-los entretanto, devemos analisar o contexto, a disputa é um fragmento do conflito, o acordo nem sempre pacifica ou põe fim ao conflito, para cada concessão, uma condição.

É necessário então que se atinja o cerne do conflito intersubjetivo, dirimindo as disputas ou lides, as mudanças provocadas devem ter caráter cultural, elucidativo, educativo.

As mudanças de primeira ordem devem objetivar a produtividade, o escoamento das demandas, dos processos já existentes no judiciário. As mudanças de segunda ordem são as relacionais, transformativas, atinentes às modificações fundamentais que geram mudanças efetivas, reduzindo reincidências.

O profissional que atua com os métodos alternativos à solução dos conflitos como a mediação e conciliação precisa ser capaz de analisar e entender o contexto do conflito. O acordo em si por vezes gera violência, apenas acomoda e não transforma.

Os envolvidos no conflito devem reconhecer a necessidade da solução daquela questão posta, pois o problema, que é algo a ser resolvido originado de fato, conflito, disputa ou crise, pode decorrer do conflito e vice versa e problemas geram demandas.

Como demanda, devo entender aquilo que eu quero, desejo, pleiteio, uma aspiração ou necessidade. As demandas não necessariamente exteriorizam um conflito, mas a contraposição vetorial entre as demandas e suas soluções podem acarretar situações conflituosas.

Podemos concluir que o foco, ao aplicarmos os métodos alternativos, é uma mudança maior, para o futuro, cultural, de conceito, não pura e simplesmente o acordo imediato.

Devemos também ter muito cuidado para que a comunicação não seja violenta; uma alternativa quando as partes estão escalando é chamar à reflexão, propor métodos que aproximem o profissional daquelas pessoas em conflito.

Aqui, cabe um trecho da música do Rappa “a minha alma está armada e apontada para a cara do sossego. Pois paz sem voz, paz sem voz, não é paz, é medo.”

Para atuar com estes métodos, devemos abandonar a lógica jurídica, mudar o olhar, entender que a comunicação não é só verbal ou condenatória – cultura do ganha/perde - e a maior parte dos conflitos decorre da falta ou problemas de comunicação.

O profissional que se dedica a aplicar os métodos alternativos é dotado de sentimentos, convicções, cultura próprios e deve ser capacitado para saber o que fazer com eles no momento da prática. Deve entender o significado daquele conflito para aquela gente mediada ou conciliada, para aquela cultura, aquela realidade e não a sua.

E como fazer para entender o contexto? Perguntar! Para gerar reflexão, para ajudar as partes a chegar numa resposta.

Temos uma tendência a convencer o outro daquilo que nos faz sentido. Em toda comunicação a mensagem circula numa série de idas e vindas, através de diferentes canais ao mesmo tempo e sucessivamente, que se influenciam mutuamente.

Não somos neutros. A questão é como tratamos a nossa ausência de neutralidade. Por meio de reflexão (externa) e autorreflexão, para aperfeiçoar a gestão do conflito.

Os profissionais que se dispõem a atuar com os métodos aqui tratados são construtores da paz, gente de carne e osso, que mantém a esperança porque acredita verdadeiramente na força do afeto, colocando-se à disposição das partes para auxiliá-las a encontrar saídas. As dificuldades existem para serem superadas.

Há um ditado que diz “ninguém chega a Deus se estiver com fome”. Independente de religião, quer dizer que se estamos cegos, imersos em nossos problemas e conflitos, não enxergamos, não encontramos solução. O foco deve ser em procurar sinais que estão por trás das posições, os interesses ocultos, olhando para o contexto, para todos os atores.

Então o facilitador, que atua com os métodos como mediação e conciliação deve se atentar à sua comunicação e à das partes envolvidas, deve ter cuidado com manias e vícios de comunicação, lembrando que todo comportamento é comunicação e toda comunicação afeta o comportamento.

Deve se colocar não como o centro das atenções mas entender que é um aglutinador, um facilitador e todos naquela sessão são emissores e receptores.

Pode também contar histórias, incluindo todas as vozes para criar uma nova história, que acolha a condição complexa daquele ser humano, que enfatize a beleza e qualidade que há em cada ser. A partir dessa narrativa é que o acordo poderá ser construído, pois nós somos as vozes que nos habitam.

Existem técnicas, estratégias emocionais aplicáveis no momento da conciliação ou da mediação, objetivando que as partes possam se ouvir, se colocar no lugar da outra. Vejamos.

Na técnica da reformulação, é dada outra formulação a algo que foi dito, usando por exemplo sinônimos ou metáforas, fazendo com que a pessoa “se ouça” de um jeito diferente.

Já na legitimação, aplica-se conotação positiva às posições das partes, acolhendo a escuta a partir de cada ponto de vista.

A técnica da re-contextualização ou re-enquadre consiste em entender o problema ou a situação sob outro contexto. Ampliar o que está sendo dito, como por exemplo a posição: “só eu trabalho nesta casa” e o profissional recontextualiza: “o que você está me dizendo é que há divisão de papéis, alguém provê e alguém cuida?”.

O mediador/conciliador deve procurar legitimar as partes envolvidas, re-contextualizar e observar o retorno deste processo, aplicando conotação positiva, ressaltando características ou qualidades positivas às partes ou situações implicadas, externalizando e centralizando na definição do problema.

Pode também fazer resumos, respeitando a definição do problema, compreendendo e valorizando os objetivos e contribuição de cada uma das partes envolvidas.

Em certo momento, pode até ironizar, com muita cautela, no sentido de colocar de forma irônica, contextualizada, quando houver vínculo entre os interlocutores.

E, como dito alhures, sempre PERGUNTAR, pois o objetivo de fazer perguntas é gerar diferenças, as perguntas devem perturbar o receptor, gerar novos conceitos, o profissional deve ser capaz de captar as diferenças nas respostas das partes. Provocar reflexão a partir do olhar do outro.

Deve contudo procurar evitar perguntas binárias, que tenham como resposta sim ou não e propor perguntas abertas, informativas, reflexivas, que abram a comunicação, que instiguem as partes, que as movimentem, que as façam meditar, refletir, para que sejam capazes de analisar a sua condição e a do outro, que as façam pensar em possibilidades para si, para o outro, para o grupo e possam, finalmente, transformar a maneira de percepção daquele conflito, daquele contexto.

Perguntar para o pacto, para reduzir diferenças, rumo à composição, partir de interesses comuns para reduzir os conflitantes, perguntar para transformar, trabalhando motivadores que levaram às diferenças.

Perguntar para mudar, inserindo questões respeitadas, reflexivas, circulares, possibilitando que os envolvidos recriem uma história em que possam viver, ocupando-se com o que querem e não com o que faz mal e na verdade não querem, fazendo com que se distanciem dos lamentos, com vistas ao aqui e agora e ao futuro.

Carlos Drummond de Andrade nos ensinou “...escolhe teu diálogo e tua melhor palavra ou teu melhor silêncio. Mesmo no silêncio e com o silêncio dialogamos.”

O silêncio comunica.

O lema do mediador/conciliador deve ser baseado nos ensinamentos de Carl Gustav Jung “conheça todas as teorias e domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana seja apenas outra alma humana”.

2 DO CONFLITO E DOS MÉTODOS E MODELOS DE NEGOCIAÇÃO

É preciso procurar meios auto compositivos para administrar os conflitos. O curta metragem *Vizinhos*⁴, de Norman McLaren, que venceu o Oscar em sua categoria, já lá em 1952, trazia a questão do conflito e fortalecia a ideia de amar a teu próximo.

O filme parte da relação amistosa entre vizinhos, que dividem um espaço comum. Ambos são parecidos (casa, cadeira, jornal), até que surge uma flor, que nasce bem no meio do jardim.

Analisando o contexto, conclui-se que uma coisa boa (flor) deu origem ao conflito, que se gerou ao redor do objeto indivisível. Eles até então possuíam relação amistosa, cooperativa, mas o objeto, ao final, ficou bem menor que o conflito, que acabou por destruir o objeto da cobiça, pôs em risco a relação de amizade existente, a vida, terceiros, bens.

Possível entender que o processo é apenas uma forma de solucionar conflitos e não precisa, necessariamente, de uma sentença, que nem sempre irá terminar o conflito.

Como dizia Thomas Hobbes⁵, “o homem é o lobo do homem”, no sentido de que somos humanos e falíveis (desejos, egoísmo, raiva, rancor) necessitando portanto da cultura da paz, elevando a necessidade de convívio, realizando parcerias com nossos semelhantes, aceitando diversidades.

Podemos então concluir que os conflitos não são erradicáveis e, portanto, nos cabe administra-los, geri-los. Contudo, são solucionáveis, nem sempre totalmente mas passíveis de serem minimizados ao menos.

Principalmente nos temas relacionados ao Direito de Família e Sucessões temos que, para que seja possível administrar o conflito, deve-se olhar para as relações e não para o processo. O processo se traduz em conjunto de regras que

⁴ CINEMA EM CENA. *Vizinhos*, de Norman McLaren. Disponível em: <http://cinemaemcena.cartacapital.com.br/coluna/ler/1921/vizinhos-de-norman-mclaren> Acesso em: 14 set. 2019.

⁵ TODA MATÉRIA. *Thomas Hobbes*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/thomas-hobbes/> Acesso em: 14 set. 2019.

disciplinam embate entre as partes sob a tutela do Estado. O processo não dá conta de restaurar o dano causado.

Violência, por exemplo, é diferente de conflito. O conflito é um problema concreto entre sujeitos com percepções contrapostas e gera violência e vice versa. Se não tratarmos o conflito, a relação irá escalar e gerar violência, que pode ser física, verbal ou simbólica ou estrutural, como exclusão social, privação de escolhas.

Na justiça, como nos ensinou Antonio Rodrigues de Freitas Junior⁶, podemos conceituar e qualificar os conflitos intersubjetivos como:

- 1) problema controvertido: onde se encaixa, destinação, problemática, ou seja, não há conflito sem problema alocativo;
- 2) entre dois ou mais sujeitos: (intersubjetivo) entre pessoas, empresas, grupos;
- 3) tendo por objeto bens materiais ou imateriais, tidos por escassos ou encargos, tidos por necessários (percepção), inevitáveis;
- 4) comportamentos vetorialmente contrapostos: entre sujeitos concretos com comportamentos antagônicos;
- 5) percepção não convergente quanto à justeza da decisão alocativa a ser tomada (descoincidência, divergência).

Quanto às espécies de conflito, podemos classifica-los:

- 1) Quanto aos sujeitos: intra-psíquicos, inter-subjetivos ou interpessoais, inter-individuais e inter-subjetivos coletivos;
- 2) Quanto à forma de exteriorização: violentos, não percebidos, dissimulados, desqualificados, sobre-estimados (não reciprocamente excludentes);
- 3) Quanto à natureza da relação que manifestam: episódicos (ex; acidente de carro), de relações duradouras (vizinhança), de relações permanentes (família). É necessário propor exercícios de restauração de todas estas relações.
- 4) Quanto à aptidão para tratamento jurídico-político: conflitos alocativos, indiferentes a bens ou encargos.

⁶ FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. Disponível em: <https://bv.fapesp.br/pt/pesquisador/92201/antonio-rodrigues-de-freitas-junior/> - acesso ago 2019
Acesso em: 14 set. 2019.

Os métodos alternativos pensam e focam nas consequências, implicam reflexão com objetivo de restaurar relações, interferindo nelas, com olhar para o comportamento (agir) e percepção (sentir) e agem nas insuficiências do Judiciário.

Um verdadeiro exercício de buscar o interesse além das posições. Aquilo que eu digo nem sempre é o que quero, muitas vezes as demandas e os conflitos se apresentam confusos ou ocultos, impondo uma análise estratégica.

O poema abaixo, que alguns atribuem à festejada Clarice Lispector é mostra de como podemos interpretar de forma diferente aquilo que é dito ou escrito:

“Não te amo mais

Não te amo mais.
 Estarei mentindo dizendo que
 Ainda te quero como sempre quis.
 Tenho certeza que
 Nada foi em vão.
 Sinto dentro de mim que
 Você não significa nada.
 Não poderia dizer jamais que
 Alimento um grande amor.
 Sinto cada vez mais que
 Já te esqueci!
 E jamais usarei a frase:
 EU TE AMO!
 Sinto, mas tenho que dizer a verdade
 É tarde demais...”

Agora, lendo o texto de baixo para cima vemos que diz exatamente o contrário daquilo que se lê de cima para baixo.

Principalmente no âmbito do Direito de Família e Sucessões temos muito presentes as emoções. E emoções estão sempre acompanhadas de alterações orgânicas, aceleração de batimentos cardíacos, mudanças no ritmo da respiração, dificuldade na digestão, etc., modificações expressivas que são responsáveis por seu caráter altamente contagioso e por ser mobilizador do ser humano. De outra banda, há a raiva, que é necessária à sobrevivência, mas pode ser canalizada.

Então, os métodos alternativos de soluções de conflitos permitem trabalhar maneiras não destrutivas de expressar a raiva, meios de identifica-la em si e no outro, controlando-a.

Uma das grandes dificuldades no trabalho das situações de conflito, mormente em Direito de Família e Sucessões, é a invasão de emoções e sentimentos que tendem a “capturar” os indivíduos, distanciando-os do foco e da objetividade, podendo levar a escalada à patamares de violência e até ao crime, enveredando todos os envolvidos.

Muitas vezes, nesse âmbito do direito, ocorre o que podemos chamar de homeostase (que vem da biologia), ou seja, mesmo na doença vão se equilibrando, mantendo como está, com medo do novo, da mudança.

Temos à disposição dos operadores dos métodos alternativos, diferentes modelos de aplicação, como por exemplo, os modelos avaliativos, nos quais há intervenção de quem vai atuar (árbitro, juiz, conciliação com sugestão, júri, pareceres) e o foco é no resultado, sem que haja necessariamente mudanças; há também o modelo facilitativo, que mantém o foco no processo, provocando uma mudança de primeira ordem (sem grandes transformações), não atingindo o todo e, portanto, não transformando; já os modelos transformadores provocam mudanças de segunda ordem pois buscam restaurar, reparar, trazer conhecimento.

Vejamos modelos que podem ser usados pelo profissional que atua com as soluções alternativas.

O modelo de Harvard, chamado de facilitativo, muito aplicado nos Estados Unidos, tem como princípios:

- a) Separar as pessoas dos problemas;
- b) concentra-se nos interesses e não nas posições;
- c) usar critérios objetivos e padrões independentes (laudos, perícias);
- d) aplicar o que chamam de MAPN – melhor alternativa para um acordo negociado.

As fases de negociação de Harvard compreendem:

- a) preparação ou pré-negociação;

- b) condução;
- c) implementação ou avaliação pós-negociação e
- d) acompanhamento do acordo.

Neste modelo, há grande intervenção do profissional atuante, com sugestões, sem reflexões. No Brasil, muito usado na conciliação.

O foco do modelo de Harvard não é o sentimento das partes envolvidas e suas relações e sim o acordo. O norte é encontrar a causa do problema e promover o acordo, ficando de lado o contexto do conflito.

Há também a Teoria dos Jogos⁷, de John Von Neumann (1947), expandida por John Nash⁸, vencedor do prêmio Nobel, instituindo jogos interativos e cooperativos, tendo consagrado a fórmula “equilíbrio de Nash”, voltada mais para decisões econômicas, não se propondo a aprofundar e pautar valores morais. Deve-se evitar o ganha/perde. São pautas de escolhas racionais, como ferramenta para antever atitudes e escolhas dos sujeitos. Nash tratou da cooperação interativa, temos a convicção da certeza do outro. A lógica é de recíproca aliança.

O modelo transformativo, criado pelo teórico da negociação Robert Bush e por Joseph Folger, teórico da comunicação, possui foco na comunicação e na relação interpessoal dos envolvidos, empoderando as partes, mas onde o foco não é o acordo. Por esta razão, traduz-se no oposto do modelo de Harvard.

Este método trabalha para alcançar desenvolvimento potencial de mudança nas pessoas, suas próprias responsabilidades e reconhecimento do outro como parte do conflito. Não está centrado na chamada resolução do conflito e sim na transformação das partes por suas habilidades.

O método transformativo proposto por Bush e Folger não adota etapas, possui foco em acolhimento permanente, inclusive da questão emocional, conscientizando e procurando restabelecer a razão. O verbo ajudar é muito usado neste modelo

⁷ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa> Acesso em: 14 set. 2019.

⁸ FREIRE, Diego. *John Nash fala sobre Teoria dos Jogos e novas pesquisas*. Revista Exame: Abril. 08 ago. 2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/ciencia/john-nash-fala-sobre-teoria-dos-jogos-e-novas-pesquisas/> Acesso em: 14 set. 2019.

Por sua vez, o modelo circular narrativo, proposto por Sara Cobb, procura unir os dois acima e é também um modelo de comunicação, que acredita que o conflito é decorrente das percepções narradas pelas pessoas, mudando as perspectivas. Atribui grande ênfase às perguntas (visão circular do mundo), com perspectiva de pensar pela circularidade entre os sistemas, para que se integrem. Possui uma visão positiva e traz as questões do relacionamento, investigando a realidade das relações, abandonando posições e entendendo como chegou-se no conflito.

Foca tanto no conflito quanto no acordo porque parte da premissa que conflito e pessoas, bem como sua história, não podem ser vistos isoladamente, mas como interligados a um conjunto de relações dentro de um todo maior. Dentro desta vertente encontramos o pensamento sistêmico (constelações).

Pensando no modelo brasileiro, temos que é único, parecido com o de Columbia (facilitativo que foi modificado), misto. Entendemos que quem dita o modelo é o conflito em si. Mas, na conciliação, assemelha-se muito à Harvard, com bastante interferência do conciliador.

3 DOS MEIOS DE ADMINISTRAÇÃO DOS CONFLITOS

Como meios disponíveis a administrar os conflitos, temos:

a) Autotutela: ocorre quando se dá a imposição da vontade de um sobre o outro. A sociedade moderna se caracteriza por expropriar o particular do poder de satisfazer seu direito diretamente, mas restaram algumas formas como a legítima defesa (com restrições, coibindo excessos) e o direito de greve. Há percepção generalizada de que o indivíduo, no exercício da autotutela, tende a se exceder.

b) Heterocomposição: trata-se da composição dos conflitos a partir da intervenção de terceiros, como na judicialização, já tão conhecida e na arbitragem, meio de administração de conflitos no qual as partes elegem um árbitro, sendo de interesse público (ou em nome dele) validar judicialmente o resultado do processos arbitrais. O árbitro pode decidir com e por equidade, através de valores de composição de interesses diferentes daquele sob uma pauta da justiça. O que coincide com a judicialização é que um terceiro terá a atribuição de decidir o conflito baseado na premissa de que alguém especializado pode decidir melhor que os envolvidos e que os envolvidos não decidiriam com igualdade, imparcialidade. Por ser estatal, a judicialização é coercitiva, local onde não há empate (lógica binária de soma zero, $+1-1=0$), é o justo ou injusto, legal ou ilegal, onde há dever de escolher. O árbitro, ao seu lado, usa da equidade e também decide.

Na linha deste estudo, que defende os métodos alternativos, entendemos que devemos fugir dos dois e não nos aprisionar em administrações de soma zero.

c) Auto composição: dentro da auto composição temos:

c.1) Negociação: também chamada de Teoria dos Jogos. Negociar é intrínseco à natureza humana, advindo da necessidade e possibilidade de convívio. Para que seja viável o convívio, é necessário negociar. As negociações sem sempre são compostas de trocas iguais e quanto mais alguém puder arbitrar, mais fácil a negociação. Se caracteriza pela necessidade de existir, de transigir, sobre uma pauta de valor, estranha à agenda moral. É exercício não violento de poder (e não

juízo de valores), na direção dos interesses negociados. Barganha. Pode ser intuitiva, procedimental (negociação coletiva de trabalho) ou assistida (por assessores das partes, meros facilitadores). Forçoso concluir que a negociação compõe tensionamento de poder (quero vender e você quer comprar), onde cada qual exerce poder, um jogo de escolhas, afastando-se da influência de terceiros e da validação moral;

c.2) Conciliação: mecanismo compositivo, que visa produção de acordo, promovido pela facilitação de um terceiro equidistante mas revertido de poder decisório (magistrado, árbitro, MP, agente político, líder religioso, pajé, patriarca, etc.) habilitado a decidir o objeto do conflito ou validar moralmente a pretensão dos sujeitos envolvidos. Embora ele não seja parte, tem poder ou pertence a alguma estrutura que tem poder de decisão;

c.3) Mediação: mecanismo não judiciário de solução de conflitos, não necessariamente nem obrigatoriamente voltado ao acordo ou transação. O mediador é estranho das relações das partes e entre os sujeitos do conflito, despojado de poder decisório e/ou coercitivo. Possui a confidencialidade como elemento essencial e incide sobre a relação e não sobre o direito, de estrutura espiral pois suas questões não precluem como no judiciário.

Para cada meio de administração de conflitos, suas características e especificidades, com o exemplo da laranja⁹ podemos pensar que na arbitragem o árbitro tende a dar “um pedaço” para cada parte, ao passo que na conciliação, o conciliador perguntaria às partes “como poderiam resolver a questão?” e na mediação o mediador proporia a reflexão “porque a laranja é importante? O que você pretende fazer com ela?”

Existem métodos híbridos usados para evitar um desdobramento judicial das disputas, tentativas de composição extrajudiciais, mecanismos que buscam acelerar a solução dos conflitos, buscando formas de atender à maioria dos interesses das partes.

Entre 22 e 23 de agosto de 2016, o CJF – Conselho da Justiça Federal, através de seu Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, sob a

⁹ BACELA, Wallace. *O que uma Laranja tem a ver com a Mediação?*. Publicado em 16 de fev de 2017. YouTube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=elt-8gVBOHg> Acesso em: 14 set. 2019.

coordenação geral do Eminentíssimo Ministro Og Fernandes, então Coordenador Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários, realizou-se a I Jornada de “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, na qual foram aprovados 87 enunciados norteadores sobre arbitragem, mediação, conciliação e outras formas de conflitos, nos mostrando que a cultura de paz aqui tratada chegou também à Justiça Federal¹⁰.

Nosso mestre Adolfo Braga Neto¹¹ nos ensinou diversos métodos alternativos. Importante cita-los para conhecimento mas este trabalho irá aprofundar-se naqueles usados em nossos Tribunais e em Família e Sucessões, que receberão capítulos específicos.

O método MEDARB utiliza a mediação como primeira alternativa para solucionar o conflito, não sendo possível, passa-se à arbitragem.

O ARBMED inicia-se com a arbitragem e, havendo possibilidade de concordância, suspende-se a arbitragem para tentar a mediação. Havendo acordo, este é homologado pelo árbitro.

O método Avaliação Neutra de Terceiro ocorre quando há a atuação de um terceiro expert sobre o tema em conflito, que faz avaliação técnica e emite parecer que pode ser ou não vinculante. Não possui o mesmo formalismo da arbitragem.

Já o DISPUTE BOARD atua com um grupo de pessoas especialistas, que ficam à disposição para dirimir conflitos que eventualmente ocorram durante a execução de um contrato. Podem atuar também auxiliando no gerenciamento do contrato ou serem chamados quando surgirem os conflitos.

Trata-se de meio contratual e preventivo. As sugestões dadas pelos dispute boards podem ser vinculativas (adjudicatórias, obrigatórias), ou não. Geralmente são formados de três pessoas (número ímpar para proferir decisão sem empate) e geralmente um é advogado, por possível necessidade de visão jurídica. Aqui, o elemento fundamental é que o contrato seja de longa duração e podem existir eventuais contratos incluídos ao principal ao longo do procedimento.

¹⁰ JUSTIÇA FEDERAL. *CJF publica íntegra dos 87 enunciados aprovados na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. 01/09/2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em: 14 set. 2019.

¹¹ BRAGA NETO, Adolfo. *Negociação, Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Método, 2012.

Há também o DSD – Desenho de Sistema de Disputas, utilizado para mapeamento conjunto de conflitos e, após, a estruturação logística da mediação a ser utilizada. Desenhado após a queda das torres gêmeas para gerenciar os conflitos que sofreriam as famílias, especialmente com relação às seguradoras e Estado. Ao aderir a este método, firma-se um compromisso de buscar evitar a ação judicial.

Tal método também foi aplicado no Brasil no caso do acidente aéreo da TAM e na tragédia de Mariana. O foco é construir solução específica, um acordo negociado customizado, para aquela situação, desenhado em conjunto por todas as partes envolvidas.

As Práticas Colaborativas traduzem-se em compromisso firmado pelas partes, com uma equipe multidisciplinar, de não litigar, utilizando as expertise dos profissionais técnicos para empoderar os atores da negociação, fornecendo elementos para que eles se componham entre si.

Neste método, os profissionais podem ou não emitir parecer vinculante, mas ajudam na obtenção de dados para a tomada de decisão das partes. Há compromisso dos profissionais na colaboração da solução do conflito e no não litigar. O advogado colaborativo não deixa de defender seu cliente, apenas não litiga contra o outro. A opção de litigar não existe para o profissional colaborativo, que sempre procura a composição¹².

Para aclarar as formas de gestão de conflitos e suas principais características, segue abaixo o quadro comparativo:

¹² IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil. Disponível em: www.praticascolaborativas.com.br Acesso em: 14 set. 2019.

Diferenças entre os instrumentos de gestão de conflitos, disputas, problemas, demandas, crises e jurisdição						
Método	Foco	Direitos	Ator	Objetivo	Âmbito	Publicidade
Jurisdição	Disputa intersubjetiva - lide	Todos	Juiz	Decisão	Estatal	em regra publicidade, salvo exceções
Mediação	Conflito intersubjetivo e seus efeitos jurídicos e relacionais	Todos ou nenhum	Mediador	Funcionalidade Comunicativa e relacional	Público Estatal, Não Estatal, Privado	Confidencial CPC, Res 125 CNJ Lei 13140/15
Conciliação	Disputa intersubjetiva - lide	Todos ou nenhum	3º Imparcial com atribuição decisória que represente quem a tenha, que atue em ambiente em que haverá decisão caso não haja acordo	Acordo	Público Estatal, Não Estatal, Privado	derivadas de processos com publicidade, realizada pela autoridade, com regra publicidade. Realizada por 3º de acordo com o CPC, Res 125 CNJ e Lei 13140/15 confidencial. No âmbito privado regra confidencial
Negociação	Disputa intersubjetiva ou demanda, material ou imaterial	Todos ou nenhum	Parte, representante ou 3º intermediário, negociador	Acordo ou Solução da demanda	Público Estatal, Não Estatal, Privado	de regra sem publicidade, no âmbito da Adm Pública, publicidade
Arbitragem	Disputa intersubjetiva	Disponíveis	Árbitro	Decisão	Não Estatal	de regra sigilosa, no âmbito da Adm Pública, publicidade Lei 13.129/2015
Facilitação Assistida	Problema e demanda de amplitude macro: social, comunitária ou de grupos	Todos ou nenhum	Facilitador	Aplicar todos os métodos para resolver o problema	Público Estatal, Não Estatal, Privado	Etapas de publicidade de outras de confidencialidade conforme o instrumental o objeto e a sede
Prevenção e Gestão de Crises	Demandas, Problemas, Conflitos nos Sistemas - Funcionalidade	Todos ou nenhum	Comitê de Prevenção de Crises, Gestor da Crise, Equipe da Crise	Prevenção, Contenção dos efeitos das crises e promoção da funcionalidade do sistema	Público Estatal, Não Estatal, Privado	Etapas de publicidade de outras de confidencialidade

Elaborada pela Professora Célia Regina Zapparoli para o Curso de Formação de Mediadores e Conciliadores pela AASP 2016/2017

3.1 DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça restaurativa possui outro enfoque, já que é judicial, mas trabalha com a cultura de paz, convivência e ressocialização, com a figura do facilitador. Inicialmente veio para trabalhar apenas situações de violência mas já é aplicada em diversos ramos do direito.

A cultura de paz joga luz no arcabouço da realidade, virando holofotes para violência que é punida com mais violência. “Parte do pressuposto que a violência é complexa e não pode ser tratada como “fast food”.”¹³ Ainda não aprendemos a lidar com violência sem sermos violentos.

¹³ PENIDO, Egberto de Almeida. *O valor do sagrado e da ação não-violenta nas dinâmicas restaurativas*. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorialnfanciaJuventude/Pdf/JusticaRestaurativa/Artigos/TeXtoOSagradoEaJr.pdf> Acesso em: 14 set. 2019.

Nada mais ativo do que trabalhar a cultura da paz e este trabalho deve ser interno e externo vez que a cultura resiste muito a ser transformada.

Há que se revisitar nossas crenças, princípios e forma de atuação, tornar-se aquilo que você pretende ver transformado no mundo. O certo dá trabalho!

Possuímos crenças, culturas, conceitos previamente estabelecidos como “sem castigo e ameaça não haverá respeito às normas”, com um monopólio legitimando o uso da força, vindo de cima para baixo o que é certo e errado, ou seja, pai/mãe, juiz, professor. Faz-se toda uma construção que justiça é retaliação, condenação. Acreditamos que a responsabilidade está sempre no outro, os músculos atrofiados de nossos olhos nos condicionam a uma forma de ser, nos impedindo enxergar de outra maneira.

Os profissionais que atuam com estes métodos devem propaga-los sob pena de serem engolidos pelo sistema.

A justiça restaurativa surge de uma insatisfação com o sistema punitivo, de dor, que não cuida das necessidades das vítimas ou do ofensor. O sistema que temos hoje, além de caro e complexo, não ressocializa nem mesmo repara o dano causado.

As pessoas tendem a aceitar o que determinem que façam a tomar as rédeas e resolverem por si, fazendo transferência compulsória ao outro (ex: culpa da família).

O sistema que aí está não produz justiça com valor e sim com vingança, retroalimentando a violência.

A ideia da justiça restaurativa é desenvolver escuta empática, o poder com o outro, como força transformadora, cada um trazendo sua verdade em um ambiente seguro (processo circular), promovendo auto-gestão (inteligência própria), num verdadeiro processo terapêutico de harmonização. A conscientização de olhar a dor do outro, com responsabilização ativa, participativa, com olhar para o futuro.

Podendo ser utilizada em direito de família, criando ambiente do justo fora do Fórum, na vida, com os filhos, ex-cônjuges, na escola do filho. Pode ser aplicada em qualquer momento processual.

Deve haver um acolhimento, ouvir o ponto de vista de cada um, as partes precisam se expressar, e o facilitador aqui deve esclarecer sobre o procedimento, checar se as partes aceitam e assumem responsabilidades (afetação), para que seja

possível que todos pensem juntos o que fazer dali para frente, entender quem pode apoiar, estar junto ao ofensor.

Pratica-se a responsabilização, ou seja, promove-se o reconhecimento da autoria do ato, que foi resultado de uma opção, entende o impacto desse ato no outro e compromete-se com a mudança.

Devemos ser atores e autores da mudança que queremos e é pela inclusão que modificamos pessoas e relações.

3.2 DA ARBITRAGEM

O método em si é baseado na Lei 9.307/96, conhecida como Lei da Arbitragem que, em seu art. 1º, nos ensina que aqueles capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos à direitos patrimoniais disponíveis.

Tem origem na convenção de arbitragem (art. 4º da Lei 9.307/96) e é instituída dentro de um contrato, em cláusula compromissória ou não necessariamente dentro de um contrato, mas através de um compromisso arbitral. Pode conter uma cláusula cheia, ou seja, que contenha todos os elementos necessários para a realização da arbitragem ou pode conter uma cláusula vazia, não tão específica.

Na cláusula compromissória as partes podem escolher o árbitro e as regras de alguma câmara específica, reduzindo questionamentos futuros, detalhando minuciosamente a cláusula. Já no compromisso arbitral, geralmente ocorre posteriormente ao surgimento do conflito e mesmo que a questão já esteja judicializada.

O princípio de base é a autonomia da vontade das partes e não há recurso cabível de uma sentença arbitral, sendo a figura do árbitro o juiz de fato e de direito no procedimento da arbitragem. O árbitro exerce a jurisdição, trazendo resultado, solução decisão, podemos dizer até sentença arbitral pois é título judicial por força de lei.

Possui em comum com os demais métodos o fato de ser forma extrajudicial de solução de conflitos, na arbitragem, as partes também devem aderir, aceitar participar do procedimento.

Neste método, um terceiro (árbitro) oferece uma decisão, sendo método heterocompositivo de solução de controvérsias. Como o direcionamento da arbitragem são questões relativas à direitos patrimoniais disponíveis, é muito usada em relações comerciais e nos dias de hoje, principalmente no mundo corporativo, dificilmente se encontram contratos de grandes negócios que não possuam cláusula ou não possuam um compromisso arbitral.

O terceiro eleito, árbitro da disputa, do conflito, precisa possuir atributos de imparcialidade, independência, diligência e discrição. Quando há um painel, geralmente é composto por três árbitros, em número ímpar. As pessoas não são árbitros, estão árbitros, oferecendo seus conhecimentos de excelência, como experts na matéria do conflito que são, para ajudar as partes na solução da controvérsia.

Somente pessoas capazes e pessoas jurídicas podem submeter seus conflitos à arbitragem, bem como a Administração Pública, por disposição de lei, inclusive (Lei 13.129/2015, e Leis 8.987/95, 9.478/97, 10.223/01 e 11.079/04).

Uma das grandes vantagens da arbitragem é o tempo de duração deste método alternativo, sempre menor ao da judicialização e o fato de que o árbitro é sempre um especialista técnico no tema do conflito submetido.

O árbitro pode decidir sobre sua própria competência para julgar sobre a validade da convenção arbitral, chamado de princípio da competência-competência e mediante respeito ao devido processo legal.

Como espécies de arbitragem podemos citar:

- Ad-hoc: quando as partes escolhem um árbitro de sua confiança;
- Institucional: aplicada através das Câmaras ou Centros de Arbitragem, que possuem seus próprios regulamentos, estabelecendo prazos para apresentar defesa, com alguma flexibilidade, podendo as partes combinar prazos, por exemplo. A escolha da Câmara deve ser coerente com o valor da disputa, uma vez que as Câmaras costuma cobrar um valor de registro da disputa, que em regra costuma ser elevado.

As tabelas geralmente estão nos sites das Câmaras, sendo possível calcular o custo estimado do procedimento.

Hoje em dia há uma judicialização da arbitragem, muitas vezes o árbitro é impugnado e a indecisão sobre a escolha do árbitro, principalmente quando há cláusula vazia, acaba caindo no judiciário, ocorrendo um descumprimento da arbitragem. Há casos também que são levados ao judiciário pois há controvérsia das partes sobre a cláusula de arbitragem.

A arbitragem geralmente tem início com a instauração do procedimento, organização e desenvolvimento, culminando numa sentença arbitral, que pode ser parcial. Se for descumprida, pode ser executada no judiciário e o juiz não pode alterar seu mérito, pode invalidá-la e enviar novamente para um novo procedimento arbitral.

No Brasil, quando há cláusulas medarb ou arbmed, a mesma pessoa não pode figurar nos dois institutos, ou seja em função da confidencialidade e confiança (conforto) das pessoas no momento de manifestar seus interesses, devem ser representados por diferentes facilitadores (mediador e árbitro, árbitro e mediador).

No âmbito da Arbitragem, importante ressaltar os ensinamentos do festejado Professor Francisco José Cahali¹⁴, no que se refere à sua aplicação no Direito de Família e Sucessões.

Na especialização em Direito de Família e Sucessões já mencionada, que será finalizada com esta monografia, o festejado Dr. Francisco Cahali nos brindou com seus importantes e atuais ensinamentos, em brilhante aula ministrada no dia 07/06/2017.

Trata-se de excelente caminho para soluções de conflitos e ainda há discussão se é cabível em partilha, contrato de convivência e no pacto pré nupcial. O Professor Cahali entende ser possível a arbitragem em partilha, onde será inserida uma cláusula de arbitragem mas sempre relativa apenas à questão patrimonial. O mestre igualmente acredita ser cabível em contrato de convivência e nos pactos antenupciais, desde que versem sempre sobre direitos disponíveis.

Cahali também colocou em discussão a possibilidade de instituir a arbitragem com relação à cônjuge e filho maior de idade, ele entende que seria possível, embora

¹⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas. Revista dos Tribunais – 7ª Edição - 2018*

o risco ainda seria muito grande e o ambiente impróprio, encontrando muita resistência nos aplicadores do método.

3.3 DA CONCILIAÇÃO

A conciliação é método alternativo e consensual de solução de conflitos onde existe a figura do conciliador, terceiro imparcial, com escuta ativa, trabalhando para auxiliar as partes no sentido de composição que vise o fim do conflito.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁵ entende a conciliação como “intercessão de algum sujeito entre os litigantes, com vista a persuadi-los à composição”.

Humberto Theodoro Júnior¹⁶ por sua vez conceitua a conciliação como “a conciliação em sentido lato nada mais é do que uma transação obtida em juízo, pela intervenção do juiz junto às partes ou do conciliador ou mediador, onde houver, antes de iniciar a instrução da causa”.

Temos que a conciliação é mais adequada quando serve à relações não continuadas, onde o conflito é circunstancial, específico, pontual.

O parágrafo 2º do art. 165 do Código de Processo Civil prevê que “o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

A conciliação trata o conflito de forma mais superficial e célere, em poucas sessões ou até mesmo em sessão única, no caso de obter o acordo.

O conciliador deve atuar de forma imparcial, aplicando as técnicas específicas, de forma que as partes identifiquem o cerne do conflito e sejam capazes de celebrar um acordo.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1.6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2009, p.126

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 58. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.122

Sua atuação faz com que as partes se aproximem, restabelecendo o diálogo, amenizando posturas rígidas, mostrando os reais interesses por trás das posições.

Ao identificar os interesses, sem emitir juízo de valor, colabora para que os envolvidos deixem de litigar, compreendendo o conflito e focando em seus interesses e numa composição amigável.

O papel do conciliador é de facilitar a compreensão das partes acerca de seus interesses x posições, fazendo com que atuem na direção de uma conciliação, propiciando que a comunicação flua.

Pode ser realizada judicial ou extrajudicialmente. Na judicial o conciliador é tratado como auxiliar da justiça, incidindo sobre ele as regras relativas ao método, previstas nos arts. 148, inciso II, 170 e 173, inciso II, do Código de Processo Civil e para atuar devem possuir a capacitação exigida pelo CNJ (Resolução 125 e art. 167, CPC).

Para a conciliação, por exemplo, o foco é o acordo ou a composição, já para a mediação é necessário buscar o ponto, o cerne do conflito e transformar as pessoas para que exerçam pacificamente suas relações continuadas.

O que a difere da mediação, segundo a doutrina, é principalmente o fato do conciliador participar ativamente no procedimento, podendo inclusive sugerir soluções objetivando o fim do conflito, com a celebração de acordo, que é o principal objetivo da conciliação e, ainda, dirigir-se ao trato de relações não continuadas.

3.4 DA CONSTELAÇÃO

Nas relações familiares e suas implicações junto ao Judiciário, não raro dizer que afastam-se certos excessos de formalismos que os juízes agem com mais liberdade e não menos responsabilidade. Sabemos que a mentalidade renovada dos juízes põe o judiciário em ação, para solucionar as controvérsias de modo mais humano.

Estas relações importam conhecimento profundo no tema e um olhar mais humanizado para a letra fria da lei, um conhecimento capaz de captar funções do relacionamento humano.

São causas mais delicadas, cercadas de conflitos emocionais e o juiz tem à sua disposição ferramentas e métodos que pode utilizar para intervenção naquele processo, junto àquela família em luto, seja pela morte, seja pela separação, divórcio.

Costumamos dizer que em matéria de família e sucessões cada caso é um caso, com sua problemática relativa a cada família envolta naquele conflito que se põe. Ocorre que variam os conflitos e realidades familiares mas uma coisa é certa, todas as famílias necessitam de apoio neste momento, em benefício de seus filhos.

Cabe ao juiz e aos aplicadores dos métodos alternativos ajudar essas famílias a encontrar-se, para que sejam capazes de construir novas perspectivas, novos ângulos e neste sentido todo esforço é bem- vindo.

Com este olhar, importante um trabalho inter e multidisciplinar, com a soma da atuação de profissionais, conhecendo e interpretando diferentes vivências, em integração, permitindo a construção de nova realidade,

Alguns juízes, como a Dra. Claudia Spagnuolo, titular da 11ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro, entendendo as necessidades das famílias envolvendo estes tipos de conflitos e litígios, aderem à Constelação, como método para pacificar os desentendimentos.

A Constelação é uma técnica terapêutica, sistêmica, subjetiva, desenvolvida pelo filósofo alemão Bert Hellinger que, após conviver por dezesseis anos com a tribo dos Zulus, na África do Sul, chegou à conclusão que os seres humanos estão energeticamente conectados aos seus antepassados por meio de um campo morfogenético, algo como uma energia coletiva.

Nesta linha de entendimento, acredita-se que, ao nascer, todos trazemos características e heranças genéticas, não só físicos como funcionais e emocionais. Tal herança se manifesta através de nosso comportamento, preferências, facilidades e dificuldades ao realizarmos determinadas atividades.

Desse modo, a vivência dos ancestrais possui impacto direto no padrão de comportamento de uma pessoa formando uma espécie de memória genética na vida

do descendente. Então alguns problemas vividos pelo descendente podem ser consequentes de situações vivenciadas por seus ancestrais.

Através da aplicação do método da Constelação Familiar, acredita-se que seja possível compreender esta “herança” a partir da revelação das dinâmicas ocultas daquela família, que tem seu sistema montado na constelação e assim, sendo possível a identificação das razões do conflito.

Serve de complemento a outras terapias e métodos e o Ministério da Saúde incluiu, em 2018 a Constelação Familiar no rol de procedimentos disponíveis no SUS¹⁷ com objetivo de melhorar a saúde e bem estar da população.

A TV Brasil¹⁸ criou vídeo intitulado Constelação Familiar: explicando relacionamentos para conscientizar a população sobre a prática e seus benefícios nas relações familiares conflituosas.

Em seu livro¹⁹ Hellinger explica que quando uma pessoa nasce, além da herança genética ocorre uma transmissão de informações, uma espécie de memória coletiva da espécie a que se pertence. E essa memória é enriquecida em cada indivíduo da espécie e cada indivíduo dessa espécie está ligado a essa memória.

Há entendimento baseado na teoria da transmissão das informações fundado em três leis, três ordens (leis do amor): pertencimento, hierarquia e equilíbrio. Quando há desequilíbrio na lei do pertencimento, identifica-se a pessoa excluída e a integra à família; com relação à hierarquia, entende-se que cada pessoa ocupa um lugar na família e devemos respeitar quem veio primeiro, reconhecendo e honrando-os. Por fim, sobre o equilíbrio, importante pontuar que precisamos procurar uma harmonia entre o dar e receber.

Feitos os esclarecimentos, os juízes, identificando uma situação de difícil resolução na esfera familiar, propõem a realização de constelação, facilitada por um constelador, que irá conduzir o procedimento no sentido de procurar entender a causa

¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Ministério da Saúde inclui 10 novas práticas integrativas no SUS*. Publicado: Segunda, 12 de Março de 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42737-ministerio-da-saude-inclui-10-novas-praticas-integrativas-no-sus>, Acesso em 08 set. 2019

¹⁸ TV BRASIL. Caminhos da Reportagem. *Constelação Familiar: explicando relacionamentos*. Publicado em 11 de set de 2019. YouTube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kaGJCUAUpQY&feature=youtu.be> Acesso em 08 set. 2019

¹⁹ HELLINGER, Bert. *Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor*. São Paulo: Cultrix - 2010

daquela situação, daquele conflito, usando as ferramentas disponíveis, mediante a utilização de pessoas que atuam como representantes dos familiares do constelado, ou mediante o uso de bonecos que os identificam. Com a movimentação que ocorre, o constelador identifica onde está o desequilíbrio, fazendo com que a pessoa entenda seu sistema familiar e se liberte, aceitando o excluído, o fato ou relação que estava sendo ignorada.

3.5 DA MEDIAÇÃO

A mediação é método consensual de conflitos, através do qual um terceiro facilita o diálogo entre as partes, para que elas mesmas cheguem à solução do conflito e à pacificação.

Importante apontar diferenças entre a mediação e a conciliação, vez que muito comuns confusões com relação aos métodos:

CONCILIAÇÃO	MEDIAÇÃO
maior ingerência do profissional	menor ingerência do profissional
conflitos objetivos	conflitos subjetivos
lide aparente (posições)	lide sociológica (interesses)
acordo	diálogo
pelo juiz ou conciliador	pelo mediador
ligada ao direito	interdisciplinar

É instrumento de gestão de conflitos e não de disputas voltado às relações continuadas, muito usado nas relações familiares, é confidencial e busca evitar a judicialização de novos conflitos enfrentando e quebrando posições rígidas, com foco em mudança interior, individual, seguida de mudança nas relações e na percepção destas mudanças e seus significados.

É dotado de informalidade, inclusive na ordem de seus atos, baseada na boa-fé objetiva e subjetiva, determinando uma atuação com equidistância e imparcialidade, reconhecendo que o mediador é parte no processo e não parte no conflito.

Seus objetivos são: o reconhecimento da pessoa ou ser, sujeito na relação, muitas vezes durante o processo a própria pessoa se reconhece, pois é ouvida; a comunicação funcional, com foco na relação funcional e não na reconciliação; permitir a preservação do relacionamento em bases sólidas e satisfatórias se o caso; organizar a situação, entendendo que nada é sem importância; prevenir violências, reduzir o conflito, não se previne o conflito, mas crises, reduzindo a animosidade; inclusão e pacificação social; o pacto ou acordo é efeito e não fim; o protagonismo é das partes ; identificação dos interesses subjetivos e relacionais e na sua superação; entender o conceito de luto, que diminui nossa escuta.

Com relação aos participantes na mediação importante pontuar que todos devem ter influência no conflito e na sua solução, inclusive os advogados.

Os meios de realização podem ser físicos, digitais ou telepresenciais, sempre garantindo a confidencialidade e as etapas são meramente estruturais vez que variam conforme o modelo adotado (narrativo, transformativo, circular narrativo). Quem dita o modelo é o caso concreto, não deve haver rigidez.

Ideal e sugestivo que se realize em mesas redondas e o mediador deve se posicionar de modo que enxergue a todos.

O mediador deve estar atento não só ao conteúdo da história que as partes trazem mas prestar atenção nos jogos relacionais (efeitos) que essas narrativas engendram e ajudar a transformar essas histórias.

A mediação se presta como instrumento de pacificação social, fazendo com que as partes entendam o conflito e possam dar luz às suas próprias verdades, dentro de um quadro de respeito mútuo e natureza permanente.

Funde-se numa tríade de respeito, confiança e comunicação como valor, inspirando as pessoas a pacificar as relações, ultrapassando os momentos graves, difíceis, trazendo uma melhor perspectiva de vida.

Busca uma mudança de paradigma, da competição para a colaboração, respeitando e acolhendo diversidades, mediando conflitos, promovendo diálogo para encontrar consenso através de comunicação não violenta, restaurando relações.

E o judiciário, ao acolher a técnica, o método, deve inspirar a confiança dos homens no diálogo, para que consigam resolver seus problemas, trabalhando por si

mesmos sem esperar dos outros os resultados, utilizando da mediação como forma de acesso à atenção do Judiciário fora do processo contencioso.

4 DA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Então, em relações continuadas, como as familiares supõe-se que existiram momentos de apoio mútuo (colaboração), pontos positivos e o outro é alguém em quem um dia se confiou, alguém a quem se amou.

Relacionamentos que tiveram uma história passaram por momentos significativos de conexão.

Nas ações familiares, é necessário separar a pessoa da história do conflito, falando do conflito como se fosse uma terceira pessoa, como por exemplo, “ele, o conflito, está causando danos e que futuro ele está desenhando para vocês?” ou, “esse futuro que ele desenha para vocês é o que vocês planejam para seus filhos?”.

As perguntas vão possibilitando que as partes incluam o que está oculto na narrativa e o mediador identificando valores, crenças, propósitos e desenhando uma visão de futuro em comum, mesmo que não ocorra a reconciliação do casal, por exemplo.

Agindo assim cria-se uma distância do problema e permite que as pessoas tenham mais clareza do que o conflito está causando na família, alterando a relação, fazendo-os refletir o que fazem que leva o outro a agir ou reagir daquela forma, o que a atitude ou omissão de um produz no outro. Assim, é possível que construam uma relação mais útil, capaz de resolver as demandas que a vida traz e solidez para tratar os problemas que vêm enfrentando.

Basílio Pavlowsky disse “o ser humano fala através de suas feridas” e, na área de atuação familiar ainda mais, vez que estão em pauta relacionamentos interpessoais, que tiveram um tempo de duração, que terminaram por diversas razões, até pela morte.

A separação pode estar ocorrendo ou ter ocorrido por incompatibilidades totais ou parciais, estão sob tensão, o rompimento pode ter sido causado por questões afetivas, transformações pessoais, inconsequências, violência, etc.

A mediação deve estar preparada para acolher os novos contornos sociais das famílias atuais e o mediador deve possuir visão aberta para o social, precisa se

trabalhar para trabalhar o outro, rever preconceitos, estruturas culturais, paradigmas, posições rígidas.

Muitas vezes, envoltos no turbilhão de um conflito familiar, as partes agem com acrasia, que nada mais é do que um agir contra si. Eu tenho opção de agir de certa forma, sei quais são os efeitos e ainda assim tomo a opção pior para mim. Decido, escolho pelo pior. Tal situação pode ser gerada por paixão, desespero, incontinência de conduta, fraqueza de vontade. O desejo incita uma coisa e a razão outra.

“E não faço o bem que quero, mas o mal que não quero” – Carta aos Romanos.

Muitas vezes, mesmo tendo possibilidades, não estamos disponíveis para alternativas, agimos com paixão, por tentação, procrastinação, não observância (cinto de segurança, por exemplo) ou até mesmo dependência emocional. Então, a rede que nos definia – família, relações de trabalho, escolares, amizades, credo – quebra e a escuta e poder de ação ficam diminuídos.

Tal método, ao tratar de relações continuadas, que se alongam, se alongaram ou se alongarão no tempo (filhos), precisa de preparo cuidadoso para lidar, acolher, empoderar, entender, tudo isso sem se envolver, não se aliando a nenhuma das partes, mantendo a neutralidade.

O mediador deve fazer conexão consigo mesmo para se perceber durante as sessões, numa verdadeira auto reflexão, estando o tempo todo presente, notando o efeito de sua intervenção no outro.

Tom Andersen, nos processos reflexivos, nos ensina “pensar, depois de ouvir, antes de falar”.

Por obvio concluir que a mediação familiar aparece para atender às necessidades das pessoas envolvidas, beneficiando as famílias para que possam formalizar decisões que ainda são necessárias na justiça.

Com a reflexão proposta sobre a atitude de si e do outro, questionamentos sobre pensamentos, sentimentos, emoções e sensações corporais que surgem nos envolvidos, ante à fala narrada ou não verbal é possível investigar a razão (posição x interesse) e possibilitar novas construções de realidades, ajudando-os a mudar a postura combativa para a colaborativa, empoderando e fazendo-os refletir.

São situações evidentes em direito de família e sucessões que geram conflitos e podem ser mediadas ou conciliadas: conflitos por herança, conflitos no sistema fraterno entre casais, filhos, pais e filhos, filhos e pais, empresas familiares, relações amorosas, guarda, convivência, pensão, etc.

No curso de especialização em Direito de Família e Sucessões da PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que será finalizado com esta Monografia, tivemos a honra de uma aula ministrada pela Dra. Claudia Cahali, no dia 05/06/2017, que nos trouxe ensinamentos sobre Mediação Familiar.

Nesta aula, a Professora Claudia falou também sobre a Justiça Restaurativa, muitas vezes erroneamente ligada somente ao Direito Penal quando, na verdade, como falamos acima, pode ser aplicada em outros ramos do direito, inclusive no direito de Família e Sucessões.

Nos ensinou a importância de retomada no diálogo, do empoderamento das partes, mostrando que elas são as protagonistas, afastando-se da cultura da sentença e evitando que as pessoas terceirizem seus problemas, ressaltando que é função do mediador ver o conflito de forma positiva, abordando questões, propondo reflexão sobre um outro olhar, outro prisma. O mediador faz com que as partes reflitam que a melhor solução para si pode ser contemplar o direito do outro, buscando uma situação de ganha-ganha.

Nesta aula, aprendemos sobre os mecanismos de administração dos conflitos:

Não adversariais	Mistos	Adversariais
Bi ou Multilaterais	Avaliação neutra de 3º (parecer)	Arbitragem
Negociação (sem o 3º)	Med-arb	Jurisdição estatal
Mediação (com o 3º, sem sugestões)	Arb-med	
Conciliação (com o 3º, com sugestões)	Dispute Board	
	Adjudicação (usada normalmente na construção civil)	
Unilaterais	Mini trail (mini julgamento)	
Renúncia		
Desistência		

Nos mecanismos adversariais, os procedimentos são formais, as partes envolvidas no conflito se enfrentam, existe a figura de um terceiro que decide, mediante um processo formal, ganha-perde. Já nos mecanismos não adversariais,

todos cooperam, os envolvidos decidem, os procedimentos são menos formais e existe a cultura do ganha-ganha.

Claudia Cahali ressaltou a importância das perguntas que devem ser feitas pelo mediador à partes, convidando-os à reflexão, tirando-os das posições como, por exemplo: Como você se vê daqui a dois anos? Como acha que ele/ela (parte contrária) se sente? Como será a partir de agora? Qual a proposta que você acredita atender aos seus interesses? Qual sua melhor opção sobre o acordo proposto? Qual sua pior opção sobre o acordo proposto? O que você entende ou acredita que ganharia judicialmente? Perguntas que levariam à melhores alternativas, alternativas pacificadoras, pois somos diferentes uns dos outros e nossas perspectivas também.

Nos conflitos familiares, temos que o próprio Código de Processo Civil, em seu Capítulo X – Das Ações de Família, seguindo uma tendência de evitar um conflito inicial, que acaba por formar posições rígidas nas partes, em seu art. 694 já sinaliza que nas ações de família, todos os esforços serão compreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor de auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação e o art. 695, em seu §1 diz: “O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial (...)”, ou seja, nutrindo esforços no sentido de evitar um conflito inicial.

As pessoas precisam entender que é muito mais fácil, prático e menos custoso cumprir uma decisão que ajudaram a construir.

Numa família em processo - judicial ou não - de divórcio, aquelas pessoas estão em desconexão, numa celega de acusações mútuas, na defensiva, vivenciando rompimento e fracasso, com a escuta prejudicada, evidente a importância da aplicação destes métodos para que seja possível, não necessariamente reconciliar ou retomar a relação mas negociar diferenças, cuidar das dores e não se distanciar dos filhos.

Forçoso concluir que se trata de acolher as pessoas em sofrimento, reconhecendo e validando sua impossibilidade momentânea de tomada de decisões adequadas, posto que estão desgastados, em luto pelo desgaste vivenciado no conflito familiar.

Por óbvio que o foco é transformar o conflito familiar instaurado, para que possam assumir as próprias responsabilidades, tratar as questões relativas às relações afetivas e tomar a vida pelas próprias mãos.

A aplicação dos métodos neste ambiente familiar, principalmente da mediação, está com as atenções e olhos voltados para o futuro, deixando a culpa no passado, responsabilizando-se pelas escolhas, como nos ensina Aldo Novak²⁰:

“A vida que você não escolheu, fez de você quem você é. Você não escolheu sua família, não escolheu suas experiências de infância, ou algumas da adolescência, não escolheu as dores e traumas pelos quais passou e não escolheu problemas físicos de nascimento ou causados por acidentes. A boa notícia é: parabéns. Se você sobreviveu ao caos, imagine como será a sua vida se passar a escolher os caminhos, as pessoas e escolher as experiências; enfim, escolher suas escolhas!”

Lá nos idos de 1955 o pensador Albert Camus²¹, prêmio Nobel de Literatura em 1957 já dizia “a vida é a soma de todas as suas escolhas”.

A Professora Dra. Águida Arruda Barbosa²², mestre e doutora em Direito pela USP – Universidade de São Paulo, advogada especializada em Direito de Família e Mediação familiar nos ensina que:

“Apropriar-se das próprias escolhas, compreendendo que foram feitas em circunstâncias que não comportavam alternativas, é o comportamento adequado para enfrentar os conflitos familiares, que podem, assim, ser transformados, fundamentando-se no espírito da mediação.

A *responsabilidade*, no lugar da culpa ou da conciliação, pode ter como resultado o fortalecimento das relações e dos vínculos que leva à *escolha* de promover a transformação da família, a exemplo da decisão da separação de um casal, ou então a *escolha* de manutenção do casal, apostando no investimento afetivo que promete a comunhão plena de vida narrada no art. 1.511 do Código Civil.

A atitude de se *responsabilizar* pelas *escolhas* passadas não é fácil de ser alcançada, sendo comum a rejeição dos protagonistas, num primeiro momento.

²⁰ NOVAK, Aldo. *Coach*. Disponível em: www.aldonovak.com. Acesso em 08 set. 2019.

²¹ SCHÜLER, Fernando Luís. *Albert Camus, um pensador para o século XXI*. 09/11/2013. Revista Época: Globo. Disponível em: <https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2013/11/albert-camus-um-pensador-para-o-seculo-xxi.html> Acesso em 08 set. 2019

²² BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar Interdisciplinar*. São Paulo. Atlas: 2015. p. 117

Porém, o mediador também é *responsável* pela difícil tarefa de fazer fluir esta capacidade dos mediandos, sem sugeri-la, pois sua atividade não admite a proposta de “modelos” padronizados de condutas tidas por “corretas”, pois isso contém julgamento, atribuindo-se, conseqüentemente, o valor de “incorreto”, o que pertence à linguagem do litígio e não da mediação”.

É preciso então renovar as escolhas das partes em novas temáticas, promovendo transformação, para que sejam capazes de conduzir seus caminhos e relações, para que o sofrimento se convole em esperança e respeito, reconhecimento.

No ramo mais humano do universo jurídico, o da família e sucessões, que possui hoje o afeto como princípio basilar, é necessário que as partes possam dispor de elementos que lhe permitam identificar o melhor para si, com a menor intervenção de terceiros ou do Estado, para que sejam capazes de decidir e escolher, sem delegar.

Elementar que as partes possam conduzir sua própria “sentença”, administrar seu próprio conflito e protagonizar uma solução não conflituosa.

No âmbito das sucessões, temos que os métodos podem e devem ser aplicados, com norte pacificador, mormente quando, não raro, nos deparamos com discordâncias e conflitos entre herdeiros.

O luto provoca profunda dor, cega, gerando crises e trazendo questões à tona, à flor da pele, expondo feridas e deixando os envolvidos em situação de vulnerabilidade.

A morte de um ente querido ou de alguém que servia de pilar à aquela entidade familiar, acarreta conflitos, traz rivalidade, enfrenta-se fase de negação. O profissional que irá atuar neste contexto deve ter sensibilidade para identificar tais sentimentos, tratando aquele momento de perda com clareza, de modo a apontar saídas, respeitando o tempo dos enlutados. Muitas vezes alguém tem certa atitude não por mesquinhez ou maldade, mas por não ser capaz naquele momento de lidar com tamanha dor.

José Maria Rossano Garcez exemplifica ser adequada a mediação neste contexto, mencionando um caso em que os dois filhos herdaram bens com grande valor afetivo e ambos pretendiam permanecer com a totalidade do acervo. Diante do impasse certamente o Poder Judiciário, em decisão “salomônica”, determinaria a venda dos bens para a distribuição do valor obtido aos herdeiros. Em circunstâncias

como essa, muitas vezes a abordagem de um juiz pode acabar tornando crônico o conflito e gerar ainda mais impasses, “engessando” o processo evolutivo da família enlutada. Por intermédio da mediação, pôde-se chegar a um acordo satisfatório no qual os herdeiros combinaram usos alternados dos bens em datas ajustadas consensualmente, de forma organizada²³.

O art. 2.015 do Código Civil permite a partilha amigável, em casos de herdeiros capazes. Nestes casos, muito prudente a utilização da mediação para compor os conflitos decorrentes, para que seja possível auxiliar os herdeiros na partilha dos bens.

O sistema jurídico passou a permitir a realização de inventários junto aos Tabeliães de Notas, desde que todos capazes e concordes e, em São Paulo, mesmo que haja testamento, os juízes vem permitindo, após seu registro e abertura, que os herdeiros maiores, capazes e concordes, procedam ao inventário e à partilha junto ao Cartório.

Fernanda Tartuce já disse que ainda que haja divergência a mediação pode amainar e até extirpar os ânimos contenciosos, propiciando aos herdeiros reflexão suficiente para a possível concordância sobre os termos da partilha, sendo de todo recomendável que os herdeiros entabulem uma comunicação eficiente para a definição dos rumos da situação do acervo hereditário.

Temos que, tanto no âmbito do direito das famílias, quando no das sucessões, os métodos alternativos são ferramentas poderosas de pacificação, de transformação de conflitos em pactos harmoniosos.

5 ESTUDO DE CASO - DA VIVÊNCIA NA PRÁTICA COMO MEDIADORA E CONCILIADORA JUNTO AO JUDICIÁRIO PAULISTA

Uma das aulas que tive no meu curso de Capacitação de Mediadores e Conciliadores Judiciais, promovido pela AASP – Associação dos Advogados de São Paulo – Turma Abril/2016, foi com a Dra. Tatiana Santos Perrone, Coordenadora do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que compartilhou sua experiência na coleta de dados e pesquisas no âmbito da conciliação e da mediação.

²³ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação: ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 48.

Tatiana realizou trabalho de pesquisa junto ao Fórum de Santo Amaro e Parelheiros, para conhecer os índices de conciliação e sua pesquisa objetivava saber: qual a demanda das mulheres que entram com ações de alimentos? Qual a resposta do Judiciário a estas demandas? Tal resposta corresponde às expectativas destas mulheres?

Para tanto, usou como metodologia de trabalho entrevista com as mulheres no dia em que entravam com as ações, etnografia nas audiências de conciliação e nova entrevista seis meses após a audiência.

Trinta e cinco entrevistas depois, cinquenta audiências observadas, foi possível constatar que as ações de alimentos correspondem a 5% da demanda na Justiça Estadual, representando 30% das ações distribuídas junto ao Fórum Regional de Santo Amaro sendo que destes 30%, 12,58% referem-se à execuções de alimentos! Constatou que o setor de conciliação era focado em desafogar os juízes e não em realizar acordos bem sucedidos, de qualidade, que não voltassem ao Judiciário.

Assim, percebeu que o conflito é múltiplo, envolvendo várias partes, extrapolando o mero pagamento de um valor mensal a título de pensão alimentícia. As mulheres entrevistadas lhe relataram que os pais eram ausentes na vida de seus filhos, que haviam questões de guarda e convivência pendentes, divisões de bens não realizadas por ocasião da separação e que metade delas haviam sofrido algum tipo de violência. Então, mais do que o valor dos alimentos, os mesmos eram tidos como forma simbólica de presença dos pais na vida destes filhos.

O Desembargador João Batista Amorim, da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo nos trouxe que em 100 processos no âmbito do direito de família, 83 se resolvem na mediação ou conciliação. Quando estritamente judicializados, esse número cai para 63.

Precisamos partir do entendimento que mais de 50% das famílias brasileiras são formadas por entidades não convencionais. Famílias anaparentais, monoparentais, plurais, poliafetivas. O objetivo aqui não é tratar de cada uma, mas de entender como acolher e reconhecer que não importa a origem, quando a família é bem sucedida no sentido de formar cidadãos, possui como valor fundamental o afeto, o resultado é a auto confiança, pessoas bem formadas, cidadãos de bem.

O Código de Processo Civil de 2015 e a lei de Mediação são marcos leais e princípios informadores, traduzindo-se em verdadeiros estímulos aos métodos consensuais de solução de conflitos, sendo possível concluir que estamos em fase de transição da cultura da judicialização para a cultura da pacificação.

E estes métodos proporcionam uma esfera de conhecimento possível no campo do direito, permitindo às pessoas que olhem e respeitem os que as rodeiam, tirar o foco de si mesmas, olhando para o todo, num processo de humanização.

Para que haja um reconhecimento amplo, e reconhecimento precede conhecimento, a vida deve se basear no amor e amizade, no respeito e na tolerância.

Precisamos entender como se constroem as narrativas de nós mesmos e do outro, a nossa experiência pessoal não impõe por si mesma o modo como a significamos.

O que pensamos, sentimos e acreditamos sobre nós mesmos não é fruto direto da nossa experiência em si, mas do modo como aprendemos a falar e sobre ela e nos posicionar. Pensamentos, palavras e atos.

Para dar sentido à vida, organizamos nossa experiência em sequências temporais, construindo uma história coerente de nós e para nós mesmos. E são essas histórias, contadas por nós (para nós e para os outros) e pelos outros sobre nós (para os outros e para nós) que constituem quem somos, é isso que nos dá senso de continuidade e nos torna inteligível para os outros.

São essas narrativas compartilhadas que nos constituem, nossas histórias possuem outros protagonistas, não tenho como falar de mim sem incluir o outro. Ao contar minha história, conto a do outro também e este outro nem sempre concorda com o lugar que dou a ele nas histórias que conto sobre mim e assim podemos encontrar um conflito.

O que contamos (para nós e para o outro) como nossa experiência ou como nossa história verdadeira, determina a forma como vemos o mundo. A forma como descrevemos o outro determina os significados que atribuímos às suas ações. Então, como seres únicos e dotados de histórias individuais, interpretamos de forma diferente os mesmos fatos.

O Manual de Mediação Judicial do CNJ (2015)²⁴ traz importante conclusão e reflexão, que vale destacar: “Diante da teoria de conflito existente, não cabe mais ao operador destes processos de resolução de disputas (magistrados, mediadores, advogados ou promotores), se posicionarem atrás de togas escuras e agir sob um manto de tradição para permitir que partes, quando busca o auxílio (do Estado ou de uma instituição que atue sob seus auspícios) para a solução de conflitos recebam tratamento que não seja aquele voltado a estimular maior compreensão recíproca, humanização da disputa, manutenção da relação social e, por consequência, maior realização pessoal, bem como mais vida”.

Nestes anos em que atuo como mediadora e conciliadora junto ao CEJUSC, lotada no Fórum de Santo Amaro, sob a coordenação da Exma. Juíza Dra. Claudia Spagnuolo, da 11ª Vara da Família e das Sucessões, pude vivenciar centenas de audiências, nas quais chama atenção o fato de que as partes envolvidas em conflitos familiares querem algo mais do que qualquer outra coisa, serem ouvidas! Buscam alguém neutro, distante daquela dinâmica familiar, que não tenha a autoridade de um Juiz (que muitas vezes faz com que se encolham, receosas, ante a presença daquela autoridade que julgará suas vidas), que possa ouvi-las, ressignificar o conflito positivamente e conduzi-lo como meio de amadurecimento, autoconhecimento e aproximação.

²⁴ MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL – CNJ – 2015 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> Acesso em: 14 set. 2019, p. 259

CONCLUSÃO

Os instrumentos de gestão de conflitos aqui tratados devem ser processos ganha/ganha, precisamos deixar de depender tanto do Estado e buscar por sentenças. Sentenças solucionam o processo e não o conflito. Os métodos consensuais, quando bem aplicados, pacificam as partes.

Forçoso voltar o olhar para o processo civilizatório e de maneira intencional e consciente, procurar formas de pacificação.

Estamos entrando no século do afeto e neste caminho quem está trabalhando com esta ferramenta, mais do que sensível, tem que ser sensitivo, enxergando harmonia no invisível. O Ministro Ayres Brito produziu interessante frase que se encaixa perfeitamente “viagem de alma e não de egos”, no intuito de focar no ser humano, nas relações continuadas, numa mudança ética e cultural, como forma de conscientizar as pessoas para que tomem as rédeas de seus destinos.

Os advogados, que são a porta de entrada no Judiciário, representantes das partes muitas vezes cegas e vivendo em face do conflito, precisam urgentemente mudar sua cultura combativa para uma cultura de paz, entendendo e flexibilizando, transformando respostas imediatas em reflexão ou auto reflexão, mormente no ambiente da família e sucessões.

Um grande exemplo da participação ativa do advogado ao procurar uma saída para um conflito familiar que se traduzia em cinco processos judicializados envolvendo um ex-casal, foi uma solução encontrada na Lei Espanhola que trata da instituição de aplicação de um “Plano de Parentalidade”, ou seja, um plano onde ambos possuem obrigações e direitos bem definidos com relação ao poder familiar de cada um, permitindo a gestão do pai e da mãe de forma igualitária, no que se refere à filha em comum. O acordo foi homologado recentemente pelo Juiz Rodrigo de Azevedo Costa, da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó.

É de grande importância o papel do advogado na promoção da paz social por meio dos métodos consensuais, compreendendo que o advogado deve exercer função preventiva, promovendo a autocomposição, prestando informações precisas

sobre as consequências da demanda e apontando as melhores alternativas disponíveis.

Ressaltando a importância deste movimento conciliatório, em setembro de 2019 foi publicado que o Judiciário brasileiro homologou 4,4 milhões de acordos durante o ano de 2018, número expressivo que traz não só a comprovação de sua eficácia ao desafogar um judiciário abarrotado de processos, como também a validação da conciliação como meio consensual da solução de conflitos.

Os profissionais que estão se dispondo a trabalhar e aplicar os métodos alternativos de solução de conflitos, principalmente nestas áreas do direito, precisam aprender a identificar e gerenciar as diferenças, tirando o foco dos danos provocados no cotidiano das relações continuadas para jogar a atenção dos envolvidos nos valores, nas vantagens, valorizando as diferenças humanas.

Devem capacitar as partes para que elas próprias encontrem suas decisões, ficar atentos e compreender que os acordos levados ao judiciário devem ser possíveis juridicamente, ou seja, estar de acordo com a lei.

Importante que saiba identificar e flexibilizar juízos de valor estigmatizados, engessados e crenças emocionais para que cada um se identifique, reconheça suas escolhas, entenda sua importância e condição e encontre seu lugar.

Enfim, é hora de nova postura, de mudança de pensamento, substituindo o comportamento combativo e adversarial para o cooperativo, objetivando a pacificação dos conflitos, principalmente os familiares, oriundos de relações continuadas, com base na tolerância e no afeto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa> Acesso em: 14 set. 2019.

BACELA, Wallace. *O que uma Laranja tem a ver com a Mediação?*. Publicado em 16 de fev de 2017. YouTube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=elt-8gVBOHg> Acesso em: 14 set. 2019.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar interdisciplinar*. São Paulo. Atlas: 2015.

BRAGA NETO, Adolfo. *Negociação, Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*, que instituiu o novo Código de Processo Civil, foi aprovada e publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015, substituindo o antigo Código, vigente desde 1973.

_____. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015* - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (Lei da Mediação)

_____. Ministério da Saúde. *Ministério da Saúde inclui 10 novas práticas integrativas no SUS*. Publicado: Segunda, 12 de Março de 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42737-ministerio-da-saude-inclui-10-novas-praticas-integrativas-no-sus>, Acesso em 08 set. 2019

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação*. Tribunal Multiportas. Revista dos Tribunais – 7ª Edição - 2018.

CINEMA EM CENA. *Vizinhos, de Norman McLaren*. Disponível em: <http://cinemaemcena.cartacapital.com.br/coluna/ler/1921/vizinhos-de-norman-mclaren> Acesso em: 14 set. 2019.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Cidadão pode escolher mediadores e conciliadores do Cadastro Nacional do CNJ*. 24/03/2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84520-cidadao-pode-escolher-mediadores-e-conciliadores-do-cadastro-nacional-do-cnj> Acesso em: 14 set. 2019.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125/2010*. Atualizada pelo Ato Normativo 4.616/2012 e Recomendação 20/2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1.6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2009, p.126

FREIRE, Diego. John Nash fala sobre Teoria dos Jogos e novas pesquisas. *Revista Exame*: Abril. 08 ago. 2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/ciencia/john-nash-fala-sobre-teoria-dos-jogos-e-novas-pesquisas/> Acesso em: 14 set. 2019.

FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. Disponível em: <https://bv.fapesp.br/pt/pesquisador/92201/antonio-rodrigues-de-freitas-junior/> - acesso ago 2019 Acesso em: 14 set. 2019.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação: ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

HELLINGER, Bert. *Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor*. São Paulo: Cultrix - 2010.

IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil. Disponível em: www.praticascolaborativas.com.br Acesso em: 14 set. 2019.

JUSTIÇA FEDERAL. *CJF publica íntegra dos 87 enunciados aprovados na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. 01/09/2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios> Acesso em: 14 set. 2019.

MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL – CNJ – 2015 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> Acesso em: 14 set. 2019.

NOVAK, Aldo. *Coach*. Disponível em: www.aldonovak.com. Acesso em 08 set. 2019.

PENIDO, Egberto de Almeida. *O valor do sagrado e da ação não-violenta nas dinâmicas restaurativas*. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/Pdf/JusticaRestaurativa/Artigos/TextoOSagradoEaJr.pdf> Acesso em: 14 set. 2019.

SCHÜLER, Fernando Luís. *Albert Camus, um pensador para o século XXI*. 09/11/2013. Revista Época: Globo. Disponível em: <https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2013/11/balbert-camus-um-pensador-para-o-seculo-xxi.html> Acesso em 08 set. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 58. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Resolução nº 809/2019*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Resolucao809-2019.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

TODA MATÉRIA. *Thomas Hobbes*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/thomas-hobbes/> Acesso em: 14 set. 2019.

TV BRASIL. *Caminhos da Reportagem*. Constelação Familiar: explicando relacionamentos. Publicado em 11 de set de 2019. YouTube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kaGJCUAUpQY&feature=youtu.be> Acesso em 08 set. 2019.