

A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E A BUSCA DE FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÕES DE CONFLITOS

SILVA, Dirlene Heringer de Carvalho da¹
LIMA, Carla Kelli Schons de²

RESUMO:

O presente trabalho tem por finalidade analisar a necessidade de processo judicial e a intervenção estatal para solução de conflitos no âmbito do direito de família. Neste contexto, o paternalismo libertário permite questionar os limites da intervenção estatal sobre as relações no Direito das Famílias, não só quanto à necessidade de exercer uma intervenção sobre certo sujeito, mas também que tipo de intervenção que se justifique fazer. Observa-se ainda que, forma auxiliar de solução de conflitos também pode ser possível como, por exemplo, a mediação e conciliação por ser um meio eficaz, célere e satisfatório. Por fim, no estudo de casos e jurisprudência buscou-se entender se o Estado intervindo minimamente poderia dar resposta concreta para a solução dos conflitos. Desta forma, conclui-se que o processo judicial deve ser usado para garantir direitos fundamentais, devendo ser utilizado em situações que envolvam incapazes. Nos demais casos, porém, meios alternativos de gestão de conflitos se mostram aptos a atender o anseio da autonomia privada.

PALAVRAS-CHAVE: paternalismo libertário, judicialização dos conflitos, forma auxiliar de solução dos conflitos.

ABSTRACT:

The aim of this work is to analyze the need for a judicial process and state intervention to resolve conflicts in the context of family law. In this context, libertarian paternalism allows us to question the limits of state intervention on relationships in Family Law, not only regarding the need to exercise an intervention on a certain subject, but also what type of intervention is justified. It is also observed that an auxiliary form of conflict resolution may also be possible, such as mediation and conciliation, as it is an effective, quick and satisfactory means. Finally, in the study of cases and jurisprudence, we sought to understand whether the State, intervening minimally, could give a concrete answer to the solution of conflicts. In this way, it is concluded that the judicial process must be used to guarantee fundamental rights, and must be used in situations involving incapable people. In other cases, however, alternative means of conflict management are able to meet the desire for private autonomy.

Key Words: libertarian paternalism, judicialization of conflicts, auxiliary form of conflict resolution

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade, tendo o Estado por função cuidar e proteger, visto que esta é um importante núcleo social que diretamente afeta todos os demais. Com o surgimento de um novo conceito de família, novos arranjos familiares, conseqüentemente aparecem novos conflitos de família, surgindo o seguinte questionamento: Até que ponto cabe ao Estado intervir diretamente no núcleo familiar, e como deve ser a forma de intervenção do Estado? Qual o mecanismo adequado para resolvê-los? O processo judicial é esse meio? E formas alternativas auxiliares na resolução dos conflitos, também podem ser aplicadas? Diante desses questionamentos essa

¹Discente do Curso de Direito do Centro Universitário Fag, dhcsilva@minha.fag.edu.br

²Docente Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário Fag, carlaschons@fag.edu.br

pesquisa tem por objetivo compreender como lidar com esses conflitos familiares que surgem nessa esfera privada. Desta forma mostra-se essencial esta discussão para analisar as possibilidades dos mecanismos de resolução de conflitos no âmbito familiar (DIAS, 2015).

Considera-se que a função do processo é garantir direitos fundamentais das partes, assegurado obrigatoriamente esse direito nos casos em que alguma das partes não possui capacidade de exprimir sua vontade, sendo possíveis nos demais casos utilizar a mediação e a conciliação, que aparecem como um complemento ideal de auxílio à justiça por privilegiar a autonomia da vontade das partes envolvidas no conflito, sendo apenas orientadas e direcionadas para a resolução (DIAS, 2015).

O presente trabalho trata-se de um artigo científico/pesquisa bibliográfica, sendo que para alcançar tal finalidade da pesquisa, será dividido em tópicos, os quais analisarão os seguintes assuntos: Paternalismo libertário, ou seja, a intervenção mínima do Estado no Direito das Famílias, permitindo questionar os limites da intervenção estatal sobre as relações. Ainda, abordará a judicialização dos conflitos familiares e forma auxiliar de solução dos mesmos, como a mediação e conciliação, a importância da presença do advogado nas audiências de mediação e conciliação como garantia da liberdade no direito de família à luz do Paternalismo Libertário. Por fim, buscará responder a esses questionamentos por meio de estudos de bibliografias, artigos científicos e jurisprudências, de forma a encontrar o melhor entendimento para as respostas desses anseios, concluindo se será possível ou não.

2 PATERNALISMO LIBERTÁRIO

Desde a primeira Constituição Social no Brasil em 1934 até a Constituição 1988, a família é destinatária de normas crescentes tutelares que visam assegurar a liberdade e a igualdade no Direito de Família, havendo sempre a intervenção do Estado na dinâmica familiar impondo restrições as liberdades de ação visando a proteção desse núcleo familiar. O paternalismo libertário permite questionar os limites da intervenção estatal sobre as relações no Direito das Famílias, não só quanto à necessidade de exercer uma intervenção sobre certo sujeito, mas também que tipo de intervenção que se justifique fazer (MULTEDO, 2017).

Neste sentido Multedo dispõe que:

De fato, o paternalismo é exercido não só em relação a um indivíduo que dele necessite, mas também em relação às circunstâncias objetivas da situação em que um indivíduo pode colocar-se e que podem ser prejudiciais a si mesmo, caso não seja feita a intervenção (MULTEDO, 2017, p. 61)

Conforme doutrina, o paternalismo libertário é paternalista na medida em que os interventores tentam influenciar os sujeitos a optarem pelos arranjos que julgam ser a melhor opção do ponto de vista do bem-estar, ainda libertário, porque cede a esses mesmos sujeitos a possibilidade de aceitarem ou não esses arranjos, assim preservando a liberdade de escolha (MULTEDO, 2017).

Segundo Multedo (2017), a doutrina norte-americana conseguiu demonstrar que de alguma forma o legislador ao criar normas padronizadas, determinadas “regras-padrão” é inevitável à presença de alguma espécie de paternalismo, isto porque a própria forma de apresentação das normas jurídicas já tem o poder de influenciar as escolhas feitas pelos indivíduos, visto que em muitos casos essas pessoas não dominam o assunto podendo tomar algumas decisões falhas por não terem familiaridade com determinada seara. Assim, a existência desse direcionamento por parte de planejadores que em tese dominam melhor o assunto parece uma boa alternativa.

Publicações da doutrina e jurisprudência também têm defendido a ampliação do conteúdo dos acordos antenupciais e convencionais no Brasil, de modo que esses acordos tenham a possibilidade de incluir questões extrapatrimoniais. Esses novos conceitos à luz da doutrina do paternalismo libertário, tem a necessidade de um olhar crítico sobre as regras conjugais padrão (FERREIRA, 2019).

Por conseguinte, na visão da autora, muitas das decisões no direito de família perfeitamente se enquadram nessas circunstâncias, ressaltando que isto acontece especialmente no início da vida das pessoas tanto em relação aos aspectos conjugais quanto os parentais, quando são inexperientes em relação a estes. Por esse motivo, entende-se que as determinações de “regras-padrão”, por parte do Estado, em certos momentos podem ser bem vindas, desde que estes padrões de conduta sejam contornáveis, sem demasiado peso para os indivíduos que deles quiserem se esquivar (MULTEDO, 2017).

3 A BUSCA DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS FAMILIARES

Nas palavras de Dias (2015), reforça-se que a família é o primeiro agente socializador do ser humano. E que, imperioso reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha particularidades e alguma proximidade com o direito público, o mesmo não lhe retira o caráter privado, assim, a tendência é reduzir nas relações interpessoais o intervencionismo do Estado no que for possível.

Existem casos em que o processo judicial se faz necessário na resolução de conflitos, por ser o meio mais adequado quando se tratar necessariamente de alguém que precisa da proteção estatal, como naqueles casos que envolvem menores ou incapazes, sendo preciso o Estado garantir os direitos fundamentais destes. Neste sentido, ao buscar-se o judiciário para resolução destas peculiaridades conflitantes que envolvem as questões familiares mais delicadas, exigem que os magistrados sejam mais sensíveis, tenham uma formação diferenciada para a resolução desses conflitos, visto que em muitos casos o que está sendo discutido são questões sentimentais de perdas e frustrações. Cabe então, aos profissionais do campo jurídico que atuam nesses processos que buscam desfazer o vínculo conjugal, ter em mente o quanto é importante a sua missão (DIAS, 2015).

Busca-se assim, a resolução pacífica dos conflitos com a intervenção mínima do Estado, sendo possível mesmo em casos que haja a necessidade de ser buscada perante o judiciário uma vez que, tem largo campo de atuação discricionária o juiz de família, para assim conquistar a pretendida conciliação das partes, pois sempre que for verificada essa possibilidade de tal acerto amigável, poderá a qualquer tempo convocá-las para audiência, por requerimento do advogado, do Ministério Público ou até mesmo pelas circunstâncias do caso (DIAS, 2015).

O advogado com papel tradicional de representante do litigante, em algumas situações converte-se em advogado negociador, que, juntamente com o juiz conciliador, busca indicar ao interessado o modo mais apropriado para resolução do conflito que o aflige. Neste sentido, a importância de que tenham consciência, sobretudo os operadores do direito que trabalham com a família, de que o direito busca alcançar o justo e o mais adequado para todos (DIAS, 2015).

Além disso, quem não assimila a evolução social, jurídica e científica do tempo ao qual esta vivendo, muitas vezes age em desarmonia com as verdadeiras necessidades das partes em determinados litígios, que acaba comprometendo demasiadamente a efetividade da prestação jurisdicional, não trazendo a resposta necessária e adequada para o conflito que foi apresentado. Ademais, a sentença judicial mesmo quando alcançada, nem sempre produz o efeito almejado pelos litigantes, principalmente quando esses conflitos envolvam vínculos afetivos. Neste contexto, tem-se observado que, quando determinado conflito pode ser abarcado por outras formas de resolução, que não somente o judicial, essas formas são buscadas pelas partes para pôr fim ao litígio sem passarem por um desgaste emocional maior do que, os quais já estão passando (DIAS, 2015).

4 FORMAS AUXILIARES DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS

4.1 MEDIAÇÃO

4.1.1 Surgimento da mediação no Brasil.

O Surgimento se deu inicialmente com a criação do Projeto de Lei nº 4.824/98, da Deputada Federal Zulaiê Cobra, que possuía apenas sete artigos permitindo que fosse possível a utilização da mediação dentro do Judiciário e fora dele. Em seguida, trabalharam com a deputada o Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Escola Nacional da Magistratura para chegarem à uma nova versão na qual se tornou o Projeto de Lei nº 94, de 2002. Contudo, este novo projeto, que institucionalizava e disciplinava a mediação, tornou-se distante de seu objetivo inicial, sendo retirado de pauta no início de novembro de 2006 (LEITE, 2008).

Foi apresentado à Câmara, em março de 2007, os Projetos de Lei 505/2007 e o 507/2007 pelo deputado federal Sergio Barradas, no qual foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, que alterassem o art. 1.571 do CC, com intentos de inserir na regulação dos efeitos da separação e divórcio a mediação, fazendo com que a explícita entrada da mediação familiar no Código Civil, permitisse uma reflexão diferenciada no que diz respeito à função da justiça, onde deve trazer sempre uma resposta, seja ela institucional ou não (SASSIER, 2001, p.137/138) (LEITE, 2008).

Segundo o que dispõe Leite (2008)

Na conciliação o que se busca é o fim da controvérsia em si mesma através de concessões mútuas, ou seja, não ocorrendo um acordo, considera-se fracassada, já que é seu objetivo primordial. Neste ponto diferencia-se da mediação, pois o ajuste pode ser uma consequência natural do restabelecimento do diálogo entre as partes, e essa será bem sucedida se despertar a capacidade dos envolvidos de se entenderem sozinhos. Já no que tange ao conciliador, este atua de forma a sugerir as partes uma melhor solução, emitindo opinião sobre o caso, diferentemente do mediador que visa facilitar a comunicação entre as partes para que elas próprias administrem seus problemas, construindo saídas para desatar o "nó" conflitivo (LEITE, 2008).

A negociação diferencia-se das demais, pela não participação de terceiros, a resolução do problema surge da autocomposição entre as partes, pode haver ou não a participação de advogados ou representantes legais, porém a autocomposição é a chave.

Por fim, em 26 de junho de 2015 a Lei Nº 13.140 é aprovada, alterando a Lei nº 9.469/97, o decreto nº 70.235/72 e revoga o § 2º do Artigo 6º da Lei nº 9.469/97, a lei é conhecida como a Lei da Mediação, que estabelece as diretrizes para o uso da mediação no

Poder Judiciário e na resolução de questões entre órgãos da administração pública e particulares (BRASIL, 2015).

4.1.2 Mediação como Forma de Resolução de Conflitos Familiares

Para resolver esses empasses, é crescente a necessidade de buscar outras formas de dar solução a esses conflitos, como a mediação, e tem-se entendido que essas formas podem ser aplicadas como meio eficaz, célere e satisfatório, uma vez que nem sempre o que está sendo discutido são questões patrimoniais, muitos casos são essencialmente conflitos de cunho afetivo, e para essas questões, a lei vem caminhando no sentido de incentivar e fortalecer os meios alternativos. Deste modo, a mediação vem cada vez mais ganhando espaço. Sendo que, na seara da família é que a mediação desempenha seu papel mais considerável, por ser uma técnica que tem função de levar as partes a encontrar solução consensual, para a lide. Porquanto, possibilita a identificação das necessidades específicas de cada membro da família, que estão envolvidos neste conflito (DIAS, 2015).

Mediação é o acompanhamento das partes na condução e resolução dos conflitos, sendo um modo consensual de abordagem de controvérsias, em que uma pessoa devidamente capacitada e imparcial atua de forma técnica para favorecer entre as partes a comunicação, que em muitos casos já não existe mais, desta forma, ao restaurar o diálogo propiciará que elas possam encontrar formas proveitosas para por fim ao conflito, assim ambas as partes saíram satisfeitas (TARTUCE, 2018).

Nesse instituto ao mediador cabe somente orientar, as partes são quem decidem, dado que a finalidade da mediação é permitir que os interessados se responsabilizassem por suas próprias escolhas. É sabido que o procedimento da mediação não segue um formalismo exacerbado, assim, atos que alcançarem a finalidade sem causar prejuízo a ninguém, mesmo que não seguirem o que estava previsto em lei, não têm tendência de gerar nulidade, desta forma sendo possível executar a decisão que foi tomada pelas partes. A mediação não é um meio substitutivo da via judicial, uma vez que, em determinados casos somente essa via é possível, logo estabelece uma complementaridade que qualifica as decisões judiciais, buscando conjuntamente as soluções para por fim ao litígio de maneira sustentável (TARTUCE, 2018).

A relevância da mediação na visão de Tartuce (2018)

Percebe-se que a mediação se coaduna com um modelo diferenciado de distribuição de justiça embasado nas noções centrais de cooperação e conciliação. À mediação foi atribuída tamanha relevância em nosso ordenamento que uma lei inteira foi dedicada a ela com vistas a disciplinar sua adoção tanto no âmbito judicial (Lei n. 13.140/2015, arts. 24 a 29 – previsões que reproduzem muito da disciplina do Novo CPC) quanto na seara extrajudicial (Lei n. 13.140/2015, arts. 21 a 23). Revela-se importante, de todo modo, compreender bem os meios adjudicatórios; afinal nestes, embora a tônica seja a imposição de decisões por um julgador, é recorrente o uso de meios consensuais para pôr fim ao processo.

De acordo com Dias (2015, p. 66), “O Conselho Nacional de Justiça criou o Movimento pela Conciliação e vem implementando a mediação judicial como política pública destinada à disseminação do uso de mecanismos adequados para a solução de conflitos”. Ainda, segundo a autora a intenção é formar uma quantidade expressiva de mediadores com capacidade para atuar na mediação familiar no contexto judicial.

A Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça atribui a este conselho a competência para organizar programa com a finalidade de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e pacificação social por meio da conciliação e da mediação, visto que, cada vez mais é imprescindível a intervenção interdisciplinar, uma vez que a decisão judicial, por si só, não tem o dom de dirimir os conflitos afetivos dos envolvidos.

4.1.3 Mediador de conflitos

O papel que o mediador desempenha na consecução dos objetivos de resolução de conflitos, manutenção da paz e inclusão social é destacada pelo fato de ser ele quem executa os princípios que emaranham a mediação da melhor maneira possível. (ALENCAR, 2017)

Além disso, de forma esperançosa, deve auxiliar os indivíduos a lidar com o conflito que existe entre eles. Segundo Cruz e Vasconcelos, o mediador se diferencia dos demais terceiros que atuam de outras formas para lidar com os litígios (2004). Isso se deve ao fato de que, ele desempenha um papel de liderança e, no momento em que escuta as partes este mediador que é um terceiro imparcial deve focar nos problemas trazidos nesta lide para assim, investigar o real conflito, da mesma forma que deve perceber as emoções dos mediados para desenvolver dispositivos criativos afim de, tornar o diálogo mais fácil (ALENCAR, 2017).

Cumprе ressaltar que, no regime do Novo Código de Processo Civil, a pessoa responsável em conduzir a sessão consensual não é o magistrado, necessariamente esta deverá ser realizada por um terceiro facilitador auxiliar do juízo. Essa mesma concepção é retratada

pela Lei de Mediação, ao trabalhar diretrizes ligadas ao perfil dos mediadores judiciais como à confidencialidade (TARTUCE, 2018).

O mediador deve ter uma capacitação mínima sendo esta exigida pelo Novo Código de Processo Civil, no qual deverá este realizar o curso em entidade credenciada que o torne habilitado, devendo também se inscrever em cadastro nacional e cadastro do Tribunal no qual esse mediador ou conciliador pretenda atuar. Para que alguém possa ser mediador judicial, a Lei de Mediação, contudo, impôs como requisitos que seja pessoa capaz, devendo ter graduação há pelo menos dois anos no curso de ensino superior em instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, ainda esta capacitação deve ser realizada em instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelos tribunais (TARTUCE, 2018).

Assim sendo, o mediador de conflito é um terceiro neutro que recebeu o treinamento e o necessário conhecimento para facilitar o diálogo e desenvolver o processo de mediação. Costa e Andrade (2005) afirmam que o mediador deve ser diligente, competente e responsável para auxiliar os envolvidos na contenda. (ALENCAR, 2017)

Além disto, são abrangidos pelo código de ética do mediador os princípios quais sejam: “imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade, e diligência (ALENCAR, 2017)”, dever ser honesto e íntegro, com as partes que o escolheram, com o processo e com a instituição ou entidade em que atua.

4.2 DA CONCILIAÇÃO

Como auxiliar de resolução de conflitos, a conciliação também tem se mostrado uma forma viável, e uma das grandes instigadoras para o ressurgimento da conciliação na via judicial, se deu com a crise no setor judiciário que a longa data já foi constatada, necessitando assim, de métodos que contribuíssem para resolver essas demandas (STANGHERLIN 2017). Eis o ressurgimento, visto que, tal instituto já existia na Constituição do Império, em 1824, que previa a existência de juízes de paz eleitos, a quem caberia à conciliação entre as partes e sem a qual nenhum processo poderia ter início (BRASIL 1824).

O art. 3º, §§ 2º e 3º, do Novo Código de Processo Civil de 2015. Traz, portanto, que o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar ameaças ou lesões a direito que a ele seja levado através de uma lide. O parágrafo 2º deste artigo dispõe que é dever do Estado promover formas alternativas de resolução de conflito sempre que possível, reiterando este dever no parágrafo 3º, diz que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério

Público, deverão estimular formas de solução consensual de conflitos, como a mediação e a conciliação, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL 2015).

Percebe-se que cuidou o código no seu artigo 165, NCPC, de designar aos tribunais a criação de centros judiciários para a solução consensual de conflitos, ainda com incentivado para ser colocado em prática, programas de estímulo à autocomposição, para que venha propiciar, mesmo que de forma elementar, a efetividade do acesso à justiça, incorporando assim, com as disposições e diretrizes da própria Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que levam em consideração esta possibilidade concreta de que cada cidadão possa exercer sua cidadania com autonomia e consensualidade, participando ativamente para encontrar soluções possíveis a seus próprios conflitos, e de acordo com suas propensões, o que propicia maior comprometimento com o que foi pactuado (STANGHERLIN 2017).

Consequentemente a Conciliação, por se tratar de um ato espontâneo e voluntário, de comum acordo entre as partes é tida como uma maneira pacífica de resolução de conflitos, desta forma, é entendida que meios alternativos de solução de conflitos sem sombra de dúvida, são uma boa escolha para deslindar situações de profunda crise, como são os casos de conflitos familiares.

4.2.1 Dos conciliadores de conflitos

O atual idem trouxe os conciliadores e mediadores expressamente como auxiliares da justiça no art. 149. Desse modo disciplinando sua atuação, assim como das câmaras privadas de conciliação e mediação, nos arts. 165 a 175, dispondo ainda no art. 167, da necessidade de inscrição em cadastro nacional e dos tribunais. Sendo que, os tribunais conservarão o registro desses profissionais, anotando área que atuam e dados relativos à sua atuação, como por exemplo, números de processos que participou e matérias versadas sobre estes (MARQUES 2017).

Destaca-se ainda, que o legislador em aquiescência com o princípio da autonomia da vontade, permitiu que, em comum acordo as partes escolhessem o conciliador ou mediador para acompanhar e auxiliar na hora de resolver esses conflitos, conforme dispõe art. 168 do idem (MARQUES 2017).

Observa-se que a finalidade da conciliação é a resolução da controvérsia a partir de questões objetivas, de tal modo podendo o conciliador, oferecer estímulo para a realização do acordo. Neste seguimento o conciliador, age no sentido de celeremente chegar a uma resolução, que seja, a ideal para as partes, porque resolve o conflito. Certo é que os meios de

autocomposição paulatinamente atribui aos próprios envolvidos na disputa, uma posição ativa na gestão de seus conflitos, sendo eles os próprios condutores das tratativas, ainda que sejam estimulados por um terceiro imparcial (MARQUES 2017).

Visto que no sistema proposto na mediação e na conciliação, tem por base a negociação os interesses e necessidades das partes, de maneira que é possível encontrar soluções que verdadeiramente atendam a ambas, nas quais todos saem ganhando.

5 ADVOGADO: IMPORTÂNCIA DE SUA PRESENÇA NAS AUDIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Assegura a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 133, que o exercício da advocacia é fundamental para a administração da justiça, uma vez que cabe ao advogado postular em favor do cidadão, que por vezes desconhece a estrutura jurídica, buscando no advogado o mediador que se manifestará em seu nome e lutará para que seus direitos sejam reconhecidos em juízo. (BRASIL, 1988).

Da mesma maneira assim como os juízes, promotores, defensores e demais envolvidos com o litígio, o advogado é considerado sujeito no processo. Deste modo, em conjunto com seu cliente é dever do advogado, cooperar com os demais para se obter uma decisão dentro de um prazo razoável, art. 6º do idem (BRASIL 2015).

O art.10 da Lei nº 13.140/2015, no qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, assim estabelece que as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. Ainda no parágrafo único deste mesmo artigo estabelece que, se uma das partes comparecer acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas. (BRASIL, 2015)

Contrapondo o Conselho Nacional de Justiça, apresentou a Resolução nº 125/2010, que dispõe no art. 11, que “Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.” (BRASIL, 2010). Ocorre que por conta da terminologia “poderão atuar”, criou-se o questionamento de que estaria dispensada a presença do advogado em sessões de conciliação, e assim, estaria violando a legislação constitucional, onde assegura que o advogado é indispensável para a administração da justiça (BRASIL, 2010).

A Ordem dos Advogados do Brasil, diante dessa situação, ingressou com um Pedido de Providências através de seu Conselho Federal, com o intento de que fosse alterado o art. 11

da Resolução 125/2010, de forma a tornar obrigatória a presença de advogados nas referidas sessões. O Pedido de Providências foi julgado Improcedente, com entendimento do CNJ que o artigo 11 da Resolução CNJ nº 125/2010 estaria em conformidade com a legislação regente sobre o tema. Ou seja, para o Conselho Nacional de Justiça, na mediação/conciliação a presença do advogado não se demonstra necessária. (BRASIL, 2010).

Contudo o Código de Ética e Disciplina da OAB refere, em seu artigo 2º, VI, que o advogado, é indispensável à administração da Justiça, dispondo ainda que é dever deste estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios. Entende-se que às vistas da sociedade o desempenho do advogado, seja em atos judiciais ou extrajudiciais, é imprescindível para que se cumpra a função social, delimitada em vários institutos da Constituição. De forma que ao postular em juízo deve ser com intuito de buscar o melhor interesse do seu cliente, utilizando-se para tanto de todos os meios lícitos e idôneos (OAB, 1995).

Da mesma forma corroborando com a importância da presença do advogado nas sessões de conciliação/mediação é a previsão do § 9º do artigo 334 do CPC/2015, o qual fundamenta que, as partes devem estar acompanhadas, na audiência de mediação e conciliação, por seus advogados ou defensores públicos (MARTINS 2019).

Portanto, ainda que se esteja falando de um método consensual de resolução de litígios, a mediação/conciliação ainda assim, é um meio de solução de interesses divergentes das partes, portanto, pode o advogado exercer papel de importância no acompanhamento e aconselhamento das partes, para por fim a estes litígios. Todavia, se faz necessário que este profissional esteja preparado para entender o que é a mediação, e qual a forma adequada para a sua postura ao longo do procedimento. Então, uma vez escolhida pelas partes a mediação/conciliação, é dever do advogado, preparar as bases, orientando o mediado sobre o que será trabalhado nas sessões (MARTINS 2019).

O advogado para este propósito deverá analisar as pretensões do mediado de forma criteriosa e imparcial, atentando para uma estimativa realista de quais delas seriam justificáveis à luz do direito e possíveis de realização. Deste modo, durante a mediação o papel do advogado é crucial na análise de risco e no dimensionamento legal da situação, podendo este devido a sua experiência identificar possíveis vantagens e desvantagens na resolução da lide sempre cuidando do que for melhor para o seu cliente (MARTINS 2019).

Em vista de tudo que foi explanado, note-se que a presença do advogado capacitado é sem sombra de dúvida, necessário nos institutos existentes de mediação/conciliação para

assim ajudar os que estão envolvidos na lide a chegarem a uma solução pacífica e benéfica para todos.

5.1 A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO NAS AUDIÊNCIAS COMO GARANTIA DA LIBERDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

É aberto para os advogados um novo e importante papel pela mediação, visto que, este poderá atuar antes, durante e depois, de forma que representa uma oportunidade para este atuar em regime de cooperação, sendo que as orientações prestadas por este profissional é de suma importância para aquele que está vivendo um conflito, pois a falta de informação lhe reduz a liberdade de escolher do que é melhor para si. Por isso, um advogado que lhe oriente antes durante e depois da audiência de mediação/conciliação é fundamental para que tome a melhor decisão (NASCIMENTO 2017).

Portanto, antes da mediação, caberá ao advogado o exercício da função de preparar o seu cliente com a exposição dos fatos, do direito e dos objetivos, antecipando o que poderá causar dificuldades e elaborar hipóteses de soluções, ajudando o cliente a determinar as suas prioridades, os seus limites e explanar a sua margem de manobra (NASCIMENTO 2017).

Ademais, poderá o advogado colaborar com o mediador, no decorrer da mediação assumindo atitude e comportamento cooperativos, com o intuito de ajudar nas tratativas para que sejam harmoniosas e construtivas, de maneira a assegurar que os interesses e objetivos do mediado sejam contemplados. Em todas as situações o patrono deve auxiliar com base na sua experiência, ajudando na percepção das opções válidas para acordos que satisfaçam os interesses do cliente e sejam aceitáveis pela outra parte, de maneira que eles possam compreender o que esta sendo sugerido, avaliando o que convêm, para tomar livremente a decisão de acatá-las ou não. O advogado também pode cooperar na formulação dos termos do acordo instruindo a redação, de formas a deixar clara as vontades das partes, afastando as dúvidas (NASCIMENTO 2017).

Outrossim, após a mediação, poderá o advogado prestar assistência ao cliente sempre que for conveniente, esclarecendo dúvidas e quando for o caso analisando novos interesses e fatos, da mesma forma no acompanhamento das providências acordadas entre os litigantes (NASCIMENTO 2017).

Importante destacar que a mediação tem como um dos seus princípios o da Decisão Informada, na qual orienta os participantes da mediação quanto à necessidade de conhecerem o significado e consequência de suas escolhas, sendo para isso o advogado essencial no

esclarecimento. Na sessão de mediação a função do advogado tem tamanha relevância, quanto tem na atuação tradicional nos processos judiciais/arbitrais, todavia como já visto anteriormente o advogado nessa sessão deve atuar de forma colaborativa afim de, orientar juridicamente seu cliente, tendo como base limitadora para possível negociação a lei e a jurisprudência. (VASCONCELOS 2008).

Não é exagerado esclarecer que, na mediação, o conflito é trabalhado na perspectiva da construção de reestabelecer o diálogo, para assim encontrar um ponto de equilíbrio na busca de ganhos mútuos com a resolução, com a ampla liberdade, tornando-se possível o acordo entre as partes (VASCONCELOS 2008).

Isto é possível visto que, o advogado tem o conhecimento do ordenamento jurídico e dos limites éticos e legais, desse modo poderá orientar o mediado, garantindo que a solução alcançada na mediação esteja de acordo com preceitos legais e que possa ser executada no plano prático.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o surgimento de um novo conceito de família, novos arranjos familiares, conseqüentemente aparecem novos conflitos. A partir da abordagem do paternalismo libertário permite-se questionar os limites da intervenção estatal sobre as relações no Direito das Famílias, não só quanto à necessidade de exercer uma intervenção sobre certo sujeito, mas também que tipo de intervenção que se justifique fazer. Por conseguinte, observa-se que ao criar determinações de “regras-padrão” por parte do Estado em certos momentos podem ser bem vindas, desde que esses padrões de conduta sejam contornáveis, sem demasiado peso para os indivíduos que deles quiserem se esquivar. Observa-se que a intervenção do Estado deve ser mínima somente nos casos que a ele couber a decisão.

Em relação à busca ao poder judiciário, verifica-se que em determinados casos se faz necessária, por ser o meio mais adequado para resolução de conflitos quando se tratar necessariamente de alguém que precisa da proteção estatal, como nos casos que envolvem menores ou incapazes, sendo preciso o Estado garantir os direitos fundamentais. Neste sentido, ao recorrer-se ao judiciário para resolução destas peculiaridades conflitantes que envolvem as questões familiares mais delicadas, exigem que os magistrados sejam mais sensíveis, tenham uma formação diferenciada para a resolução desses conflitos, sendo que, em muitos casos o que está em discussão são questões sentimentais de perdas e frustrações.

Desse modo, tem-se buscado a mediação/conciliação na eminência de levar as partes a encontrar solução consensual para a lide, dando a elas a liberdade para decidirem o que for melhor para ambos.

Visto assim, as formas alternativas de solução de conflitos são ferramentas imprescindíveis ao exercício da liberdade no Direito de Família, permitindo que as partes encontrem a solução mais adequada às suas necessidades. Todavia, para tanto, é imprescindível a presença do advogado, profissional que tem a missão de orientar na tomada da decisão, a fim de que as pessoas saibam as consequências de suas escolhas, notadamente na composição e/ou renúncia de seus direitos. Assim, ainda que o Conselho Nacional de Justiça tenha pacificado o entendimento pela dispensa do advogado nas audiências de mediação e conciliação, a liberdade de escolha do indivíduo (inclusive no Direito de Família) apenas é plenamente respeitada quando ele tem conhecimento sobre as consequências, fáticas e jurídicas, de suas escolhas.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Jonatas Miranda de, **A eficácia da mediação como meio de resolução de conflitos**, JUS, 2017, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62798/a-eficacia-da-mediacao-como-meio-de-resolucao-de-conflitos>, Acesso em 05 de abril de 2022.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25.03.1824. Rio de Janeiro, 1824** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 14 maio 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado. Acesso em: 06 set. 2021.

BRANDÃO, Eduardo Ponte. A criança “ali-é-nada”: sobre alienação parental, abuso sexual e o gozo feminino. In: (org). **Psicanálise e Direito: Subversões do sujeito no campo jurídico**. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2019. Disponível em: https://www.uva.br/sites/default/files/sobre_a_resolucao_de_conflitos_familiares_judicializados_-_dialogos_entre_o_direito_de_familia_e_a_psicanalise_iris_danielle_de_araujo_santos.pdf Acesso em: 30 out. 2021.

BDTD: **A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação**. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9316>. Acesso em: 06 set. 2021.

CARMO, Gabriela Martins; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Os meios alternativos de gestão de conflitos como concretização da autonomia privada no direito de família**.

Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, v. 3, p. 18-34, 2017. <https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/1864/pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.

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

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **A Mediação Familiar sob um Viés Prático**. Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953), v. 01, p. 35-42, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44737/a-mediacao-familiar-sob-um-vies-pratico>. Acesso em: 19 set. 2021.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **A intervenção estatal no direito de família patrimonial: uma reflexão à luz do “paternalismo libertário”**. Jornadas Luso-Brasileiras do CIDP (janeiro 019) Palestras, ano 6 (2020), nº 1, 267-284. disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0267_0284.pdf. Acesso em: 19 set. 2021.

GONZAGA, NEVES e JUNIOR, Alvaro de Azevedo, Karina Penna, Roberto Beijato. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados** /. – 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

LEITE, Manoella Fernandes, **Direito de Família e Mediação: A Busca para Resolução Pacífica na Disputa de Guarda dos Filhos**, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), publicado em 20/08/2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/436/IBDFAM+ACAD%C3%84MICO++Direito+de+Fam%C3%ADlia+e+Media%C3%A7%C3%A3o:+A+Busca+para+Resolu%C3%A7%C3%A3o+Pac%C3%ADfica+na+Disputa+de+Guarda+dos+Filhos>, Acessado em 30 de março de 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MARQUES Hildebrando da Costa Marques. **Os Conciliadores e Mediadores Judiciais Como Auxiliares Da Justiça (ART. 149 DO CPC)** Revista do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, v. 1, n. – Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.

MARTINS Camila Biral Vieira da Cunha. **O Papel Do Advogado Na Mediação**. Revista dos Tribunais. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/delivery/document>

MULTADO, Renata Vilela. **Liberdade e família**. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais – Rio de Janeiro: processo 2017.

NASCIMENTO Meire Rocha do. **Mediação como Método de Solução Consensual de Conflitos: definição, modelos, objeto, princípios, pre- visão no CPC 2015, fases e técnicas, papéis do advoga- do e do Ministério Público**. Revista do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, v. 1, n. – Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.

STANGHERLIN Camila Silveira. **A Conciliação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Perspectivas de um Acesso à Justiça Qualitativo**. Revista do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, v. 1, n. – Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.

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

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas** - São Paulo : Editora Método, 2008 EDITORA MÉTODO Rua Conselheiro Ramalho, 692/694 Tel.: (11) 3215-8350 – Fax: (11) 3262-4729 01325-000 – Bela Vista – São Paulo – SP.