

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO-FADIR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL

**MEDIAÇÃO: USOS E PRÁTICAS DOS ADVOGADOS EM CONFLITOS
FAMILIARES JUDICIALIZADOS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Carolina Portella Pellegrini

Rio Grande, RS, Brasil

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO-FADIR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL

**MEDIAÇÃO: USOS E PRÁTICAS DOS ADVOGADOS EM CONFLITOS
FAMILIARES JUDICIALIZADOS**

Carolina Portella Pellegrini

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS).

Linha de pesquisa: Realização Constitucional da Solidariedade.

Orientadora: Profa. Dra. Fabiane Simioni

Rio Grande, RS, Brasil

2017

CAROLINA PORTELLA PELLEGRINI

**MEDIAÇÃO: USOS E PRÁTICAS DOS ADVOGADOS EM CONFLITOS
FAMILIARES JUDICIALIZADOS**

Banca examinadora

Profª. Dra. Fabiane Simioni
PPGD Mestrado em Direito de Justiça Social - FURG
Orientadora - Presidente

Profª. Dra. Maria Claudia Crespo Brauner
PPGD Mestrado em Direito de Justiça Social - FURG
- Coordenadora do Programa e Membro -

Profª. Dra. Paula Pinhal de Carlos
Universidade La Salle - UNILASALLE
- Membro -

Rio Grande, 08 de dezembro de 2017.

“Será realmente possível praticar e aprender justiça onde somente se pratica racionalismo, instrumentalismo e conceitualismo? Será realmente possível viver os dilemas da sociedade pós-moderna e apreender sua complexidade, na base de reflexões calcadas em conceitos puros e abstratos e que se mantêm intactos desde o século XIX? Será realmente possível despertar para a dimensão do humano, quando o próprio discurso impede a aparição da figura do humano? Afinal, se a prática do conhecimento é prática de interação, como fazer e aprender direito sem considerar o aspecto problemático da condição humana e sem se abrir para reconhecer no outro um ser de interação e sem reconhecer que fora do universal também há vida? A mudança de paradigmas é definitivamente importante no âmbito das práticas científicas do direito”
(BITTAR, 2008, p. 106/107).

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Pai, por ser a força e o impulso de todos os meus passos, tendo me amparado em mais essa oportunidade de crescimento.

Aos meus pais, principais mestres e incentivadores da minha vida, os quais diariamente me doutrina(ram) acerca do sentido de família e de afeto. Que me deram a vida, o alicerce e a lição de que com amor e respeito é possível construir uma vida em comum, uma família e dar significado a existência.

Àquela que sempre foi meu exemplo, que me ensinou o significado de amor incondicional, de essência e irmandade. Ela que é minha sócia, irmã de sangue, de alma, que me ajuda em absolutamente tudo, sem a qual nada disso seria possível, pois foi a alavanca e alento nos momentos difíceis, os braços onde sempre pude me ancorar e dividir, só tenho a agradecer.

À Ariane que é minha amiga do peito, irmã “socioafetiva” e uma das, se não a, principal motivadora para tentar o mestrado e permanecer nele. És a dupla que o espaço geográfico teima em tentar separar, mas que só faz estreitar os laços. Agradeço por todos os conselhos, ajudas e paciência.

A ele que tornou minha jornada mais leve, alegre e amável, que deu todo o suporte possível, emocional e material - caronas, esperas, calma, zelo... Não é a toa que o escolhi para construir uma família. Contigo conheci que é possível trilhar outro caminho, fora do mundo acadêmico, fora do que foi normalizado em minha formação, que é muito digno, grande e humano.

À minha querida orientadora, que, apesar da distância, faz *jus* ao real sentido da palavra “orientar”, pois a cada correção, a cada Skype, dava cientificidade a este trabalho, ao meu “juridiquês” e suporte as minhas idealizações e inexperiência. Ainda bem que a tive como orientadora, dedicada em me auxiliar nessa jornada e dar suporte com vídeos que pareciam ler o que se passava por aqui, já que, como disse em uma das nossas primeiras reuniões eu era muito “verde” no mundo acadêmico. E, se hoje sou um pouco “menos verde” foi graças a ti. Obrigada! Espero que a vida ainda nos reserve muitos encontros!

À Profª Simone de Biazzi por ter me acolhido e pelos ensinamentos. Tornou-se um exemplo de docente, mediadora e, sem sombras de dúvidas, representa um dos principais nomes da mediação em nossa Comarca. Obrigada pelos ensinamentos e pelo acolhimento.

A todos os integrantes do CEJUSC Rio Grande, aos quais dedico meus sinceros agradecimentos e consideração pelo esmero e dedicação.

Por fim, agradeço à mediação por ter me mostrado um direito mais humano, mais democrático e acessível. E ter proporcionado experiências de muito aprendizado, autoconhecimento e auxiliado na internalização de conteúdos, os quais, todos os dias, tento seguir e respeitar.

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil abalou sobremaneira as concepções de processo e o padrão sistemático de condução de conflitos até então vigentes, ao instituir uma nova fase ao processo cível comum prevendo uma audiência de mediação (em casos que envolvem conflitos familiares), antes que flua o prazo para defesa. Com isso, provocaram-se alguns deslocamentos e descentramentos em um campo profissional e em uma área do conhecimento em específico: a advocacia. Nessa perspectiva, o presente trabalho busca compreender os usos e as representações dos advogados familiaristas acerca da mediação. Buscou-se compreender se a mediação seria uma ferramenta de autorreflexão e ressignificação da advocacia e de humanização do processo. A partir desses questionamentos, por meio de uma pesquisa empírica - com observação participante e entrevistas de um grupo de advogados familiaristas da cidade de Rio Grande - e revisão bibliográfica, essa dissertação foi estruturada em quatro capítulos, sendo o primeiro dedicado a traçar um panorama geral do *status quo*, ressaltando o esgotamento do modelo de conhecimento do direito e do Poder Judiciário. Em um segundo momento, se apresenta o percurso metodológico e a análise de conteúdos dos dados colhidos, tendo sido utilizada a metodologia de Bardin (2011). No terceiro capítulo são discutidos os dados coletados na pesquisa de campo, traçando uma interlocução entre as categorias teóricas e as empíricas, de maneira a analisar algumas representações dos advogados em conflitos familiares judicializados. Por fim, se analisa as representações da mediação na visão dos advogados familiaristas, bem como o paradigma clássico de exercício da advocacia. A pesquisa permitiu concluir que a mediação pode ser um instrumento de ressignificação da advocacia e humanização do processo, mas que há um longo caminho a ser percorrido para a sedimentação dessa cultura de pacificação, o qual se acredita que passa pelo apoio dos advogados.

Palavras-chaves: mediação; representações; advogado familiarista; autorreflexão; ressignificação; humanização do processo.

ABSTRACT

The New Code of Civil Procedure greatly undermined the process conceptions and the systematic pattern of conflict management hitherto in force by instituting a new phase in the common civil process by providing for a mediation hearing (in cases involving family conflicts) before it flows the deadline for defense. With this, some displacements and decentralization were provoked in a professional field and in a specific area of knowledge: advocacy. From this perspective, the present work seeks to understand the uses and representations of family lawyers about mediation. It was sought to understand if mediation would be a tool for self-reflection and re-signification of advocacy and humanization of the process. From these questions, through an empirical research - with participant observation and interviews of a group of family lawyers from the city of Rio Grande - and a bibliographical review, this dissertation was structured in four chapters, the first dedicated to a general outline of the status quo, highlighting the exhaustion of the knowledge model of the law and the Judiciary. In a second moment, the methodology and content analysis of the collected data are presented, using the methodology of Bardin (2011). In the third chapter we discuss the data collected in the field research, drawing a dialogue between the theoretical and the empirical categories, in order to analyze some representations of the lawyers in the judicialized family conflicts. Finally, we analyze the representations of mediation in the view of familiaristic lawyers, as well as the classic paradigm of practicing law. The research made it possible to conclude that mediation can be a means of re-signification of the advocacy and humanization of the process, but that there is a long way to go for the sedimentation of this culture of pacification of judicial conflicts, which is believed to be supported by lawyers.

Keywords: mediation; representations; family lawyer; self-reflection; resignification; humanization of the process.

LISTA DE ABREVIACÕES

ADRs – *Alternative Dispute Resolution*

CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Rio Grande

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNV – Comunicação Não Violenta

CRAF – Centro de Referência em Apoio à Família

EMAJ - Escritório Modelo de Assistência Judiciária

FURG – Universidade Federal do Rio Grande

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família

JEC – Juizado Especial Cível

NCPC – Novo Código de Processo Civil

NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PL – Projeto de Lei

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

PROF^a - Professora

RAD – Resolução Apropriada de Disputas

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

LISTA DE TABELA E GRÁFICOS

Tabela 1 – Perfil dos entrevistados.....	62
Gráfico 1 – índices de conciliações e mediações do período de jan-out de 2016.....	136
Gráfico 2 – índices de conciliações referentes ao período de jan – final de junho de 2017.....	137
Gráfico 3 – índices de mediações cíveis referentes ao período de jan – final de junho de 2017.....	138
Gráfico 4 – índices de mediações familiares referentes ao período de 22/05/2017 a 27/06/2017.....	138
Gráfico 5 – Gráfico de comparecimento dos advogados em audiências de conciliação com técnicas de mediação.....	139
Gráfico 6 – Pesquisa de satisfação dos Usuários – Mediações – Maio a Dezembro de 2016 – Quanto ao processo de mediação.....	145
Gráfico 7 – Pesquisa de satisfação dos Usuários – Mediações – Maio a Dezembro de 2016 – Quanto ao resultado da mediação.....	146
Gráfico 8 – Pesquisa de satisfação dos Usuários – Mediações – Março de 2017.....	146

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
1. O ESTADO DA ARTE: O ESGOTAMENTO DO MODELO DE CONHECIMENTO DO DIREITO E DO PODER JUDICIÁRIO.....	18
1.1 A mediação enquanto processo e técnica.....	26
1.2 A mediação como filosofia: prática de gestão de conflitos emancipadora, de cuidado e de aproximação com o Outro	31
1.3 A trajetória da mediação de conflitos no Brasil: o presente “consenso regulado” e a “cultura pós-convencional”	36
1.3.1 Princípio da intervenção mínima do Estado no âmbito familiar.....	45
1.3.2 A Mediação familiar.....	48
2. O PERCURSO METODOLÓGICO	52
2.1 Etapas da pesquisa empírica: entrando em campo.....	57
2.2 A realização de entrevistas	59
2.2.1 Perfil dos entrevistados	61
2.3 A observação participante.....	64
2.4 A análise de conteúdo dos dados	71
3. REPRESENTAÇÕES SOBRE A ADVOCACIA EM DIREITO DE FAMÍLIA.....	74
3.1 A advocacia.....	76
3.1.1 O perfil do advogado familiarista: orientador e solucionador de problemas .	79
3.1.2 “Le retour des sentiments”	83
3.2 “ <i>Tudo na família é diferente</i> ”	88
3.2.1 Características das partes sob a ótica dos advogados.....	92
3.3 Estereótipos de gênero entre os advogados	98
3.4 O tempo do processo	105
4. MEDIAÇÃO NA ADVOCACIA: PERMANÊNCIAS E RUPTURAS	111
4.1 Paradigma clássico do exercício da advocacia	114
4.2 Usos e representações dos advogados familiaristas acerca da mediação	120
4.2.1 Papel do advogado na mediação	130
4.3 A mediação no CEJUSC: mudanças nas práticas	135
4.4 A mediação como instrumento de autorreflexão e humanização do processo ...	141
CONSIDERAÇÕES FINAIS	150
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153

ANEXO 1 – Termo de consentimento livre e esclarecido para participação das entrevistas	164
ANEXO 2 – Roteiro do pré-teste de entrevistas com agentes jurídicos.....	165
ANEXO 3 – Roteiro de entrevistas oficiais com agentes jurídicos.....	166

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O interesse por Direito de Família acompanha essa pesquisadora desde os tempos de graduação, tanto que realizou o trabalho de conclusão de curso e pós-graduação nessa área. Além disso, o fascínio pela advocacia surgiu logo em seguida do início da prática da profissão, com especial adoração pelas demandas familiaristas e a compreensão de que se trata de uma profissão que, com o devido comprometimento, possui um potencial de transformação grandioso.

No entanto, o despertar para a mediação surgiu apenas no ano de 2015, quando da realização do projeto para seleção desse mestrado. Buscava-se não só uma vaga num curso de pós-graduação, mas materializar um trabalho que dialogasse com a realidade.

Quando se fala em dialogar com a realidade, quer dizer que sempre se teve a pretensão de uma aplicação prática para o que se estuda, seja mediante a interlocução com outras áreas do conhecimento, seja por meio de um estudo mais apurado acerca dessa metodologia de condução de conflitos instituída recentemente em nosso ordenamento jurídico, mas, principalmente, pelo reconhecimento do inconformismo com relação ao contexto jurídico atual.

Os métodos autocompositivos de condução de conflitos começaram a despontar, no Brasil, a partir do ano de 2010, com a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, apesar de já haver tratativas legislativas, audiências públicas e a própria lei 9.099/95 que versavam sobre o tema. Essa resolução representou o primeiro marco significativo acerca do tema no país, pois elevou os métodos consensuais de tratamento de conflitos ao patamar de política pública judicial nacional.

Assim, a partir dessa resolução, tendo em vista as suas determinações para a criação de um sistema operacional permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios (por meio da criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMECs - e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs através dos Tribunais de Justiça dos Estados), adveio o PL n. 8.046 (projeto lei do Novo Código de Processo Civil - NCPC) e o PL n. 7.169 (que foi transformada na Lei Ordinária 13.140/2015). De tal modo, as reformas introduzidas no NCPC abalaram sobremaneira

as concepções de processo até então vigentes, pois instituíram uma nova fase ao processo cível comum.

Denominada de inicial, essa nova fase prevê que haverá uma audiência para conciliação ou mediação (a depender do tipo de relação que envolve o conflito), antes que flua o prazo para defesa. Com isso, provocaram-se alguns deslocamentos e descentramentos em um campo profissional e em uma área do conhecimento em específico: a advocacia.

Por conseguinte, entender o impacto desse fenômeno é medida imperativa, pois houve uma quebra do padrão sistemático de condução dos conflitos até então vigente. Não só no que toca ao Poder Judiciário e o seu monopólio na verticalidade do poder decisório, mas também aos próprios agentes jurídicos que provocam e impulsionam os processos.

Representou também uma ruptura de paradigma, de uma cultura do litígio (cultura da sentença) para uma cultura de paz (SPENGLER, 2014, p. 82). Paz, ao contrário do que comumente se pensa, não significa a ausência de conflito, mas a possibilidade de conviver apesar das divergências (MAIA; BIANCHI; GARCEZ, 2016, p.51). Por isso, reflete também a autonomização e responsabilização dos cidadãos, sendo que para esse estudo importam, mais precisamente, os conflitos perpassados no âmbito familiar.

Nessa perspectiva, o presente trabalho busca compreender os usos e as representações dos advogados familiaristas acerca da mediação. A hipótese que norteou a condução desse trabalho é de que a mediação teria um potencial teórico e prático de uma ferramenta de autorreflexão para os agentes jurídicos e de humanização do processo, haja vista o cenário de colapso do modelo de conhecimento do direito e, conseqüentemente, de tratamento dos conflitos.

Assim, essa dissertação tratou de ponderar, sobre as sensibilidades jurídicas desse grupo de sujeitos (advogados familiaristas da cidade de Rio Grande) que está sendo atingido por uma realidade processualística recente. Foi utilizado o conceito de sensibilidade jurídica, segundo Geertz (2007, p. 274), o qual não é fechado ou totalizante, mas que nos serve como um grande referencial de justiça podendo assumir a forma de uma mentalidade geral.

Partiu-se de um desconforto e estranhamento causados pelo “senso teórico comum dos juristas”, na perspectiva de refletir e contribuir com o ideal de justiça social para além do formalismo e do instrumentalismo jurídicos (SIMIONI, 2015, p.

27). A reflexão, portanto, significa oportunizar um diálogo interno, conversar com as vozes internalizadas que atravessaram e atravessam a nossa história – aqueles com quem convivemos e/ou conversamos, aqueles que lemos, ouvimos e/ou admiramos (ALMEIDA, 2014, p. 149).

Pensar criticamente aquilo que se faz. Essa foi à máxima norteadora para a realização dessa dissertação. Não no sentido de reproduzir estudos que criticam o contexto jurídico atual (o esgotamento do modelo de conhecimento do direito e, conseqüentemente, do Poder Judiciário), mas de pensar sobre a era “entretempos” (DYMETMAN, 2011, p. 17) da contemporaneidade.

Mais precisamente acerca da espécie de “limbo” vivido, entre o “não mais” – o velho, o tradicional, pautado na dogmática jurídica e verticalidade do poder decisório, centrado no juiz-poder - e o “ainda não”- o novo, algo que substitua esse modelo que tanto se critica e que, apesar dos avanços, ainda apresenta incertezas e certa resistência. Trata-se de pensar sobre a incompatibilidade entre as complexas relações sociais e as estratégias hegemônicas atuais (SPENGLER, 2010, p. 36), entre o direito (o formal) e a realidade (valores e representações) e, principalmente, tratar sobre a crise da gestão de conflitos, pois apesar de se estar formalmente com uma política judiciária “montada”, ainda se está longe de estar sedimentada.

Por isso, essa é a oportunidade de se “desacomodar”, de provocar um movimento de “olhar para si”, de maneira que essas mudanças ensejem um momento de olhar o interno – propiciando autorreflexão – em vez de só se voltar ao externo. Deve haver a preocupação para que não ocorra que no lugar de exsurgir o novo continue-se com as velhas práticas, insuladas no sentido comum teórico, sendo primordial haver a “angústia do estranhamento” (STRECK, 2014, p. 53).

O estranhamento é o primeiro passo para compreender o modo pelo qual o senso comum dos juristas normaliza os sujeitos considerados não adequados às normas social e jurídica. (SIMIONI, 2015, p. 18). Por isso, foi necessário ouvir diretamente esse grupo de sujeitos especialmente envolvido na mediação, principalmente porque a doutrina majoritária sobre o tema no país cinge-se a explicar o que é a mediação, seu procedimento, princípios, bem como a ressaltar a crise estatal e jurisdicional vivida, mas não reflete sobre o papel do advogado nesse interim)¹.

¹ Vide, por exemplo, Cury (2016, p. 490), Maia, Bianchi e Garce (2016, p. 47) e Nalini (2016, p. 27).

De tal modo, por meio de uma pesquisa empírica, a partir de um trabalho de campo, de aproximação etnográfica, esse trabalho buscou evidenciar o que pensa um grupo de advogados familiaristas da cidade de Rio Grande, a fim de compreender as ideias, os símbolos e as representações que estruturam suas práticas profissionais. Para tanto, foi necessária a coleta de dados – por meio de observação participante, análise documental, jurisprudencial e, especialmente, pela realização de entrevistas –, de modo a aproximar o direito de algumas das técnicas amplamente utilizadas pela antropologia, no sentido de averiguar as representações do advogado familiarista acerca da mediação.

Portanto, se pretende apreender com a realidade, focando nas percepções dessa classe profissional ante ao panorama atual, justamente porque a pesquisa empírica, com aproximação etnográfica, segundo Flick (2009, p. 114), mostra ao pesquisador as rotinas que são tão familiares aos membros que há muito tempo se tornaram indiscutidas e pressupostas. De modo que os indivíduos não refletem mais a respeito dessas rotinas, pois, em geral, elas já não são acessíveis a eles.

Contudo, não se almeja esgotar a temática, nem se está adstrito a qualquer convencimento final. Pelo contrário, desde já, se assume a provisoriedade dos resultados, principalmente em razão de estarem pautados em habilidades perceptivas do grupo entrevistado e da observação participante. As habilidades perceptivas são induzidas a um “estreitamento perceptivo”, em razão de o modo de viver e a visão de mundo ser restrita e fragmentada ao indivíduo e suas características pessoais, de modo que as necessidades das pessoas em relação à informação mudam constantemente porque a percepção, além de ser individual, é contingente (ANGELONI, 2003, p. 19).

Nesse sentido, assume-se a incompletude dos dados, não havendo sequer a ambição da completude, pelo contrário, se concorda com Santos (2010):

Nenhuma forma de conhecimento pode responder por todas as intervenções possíveis no mundo, todas elas são, de diferentes maneiras, incompletas. A incompletude não pode ser erradicada porque qualquer descrição completa das variedades de saber não incluiria a forma de saber responsável pela própria descrição. (SANTOS, 2010, p. 58).

Dessa forma, esta dissertação está estruturada em quatro capítulos. No primeiro, foi esquadrihado o estado da arte, no qual se explicita o panorama geral do *status quo* atual privilegiando dois aspectos: (i) o esgotamento do modelo de conhecimento do direito e do Poder Judiciário e as possíveis razões que engendram esse momento de crise; (ii) as diretrizes acerca do que se trata a mediação, seus fundamentos

e o procedimento adotado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, conseqüentemente, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS).

Analisa-se também a trajetória da mediação de conflitos no Brasil, sua evolução legislativa, destacando o presente “consenso regulado” e a “cultura pós-convencional”. Essas expressões de José Luiz Bolzan de Moraes (2017) refletem o momento legislativo e processual vivenciado e o acesso a “uma nova cultura”, respectivamente.

No segundo capítulo, se apresenta o percurso metodológico do estudo, demonstrando as etapas da pesquisa empírica, pormenorizando a forma como se realizou a pesquisa de campo (realização de entrevistas e observação participante). Igualmente, se apresenta as etapas de análise de conteúdos dos dados colhidos. Salientando-se que foi utilizada a metodologia da análise de conteúdo de Bardin (2011, p. 125), de maneira a passar pelos três polos cronológicos apontados por essa autora, quais sejam, a pré-análise; a exploração do material e o tratamento dos resultados; a inferência e a interpretação.

No terceiro capítulo, são apresentados e discutidos os dados coletados na pesquisa de campo, traçando uma interlocução entre as categorias teóricas e as empíricas. Dessa forma, se analisa as representações dos advogados em conflitos familiares judicializados, discutindo a concepção que esses profissionais têm do próprio perfil que um advogado familiarista precisa ter. Aborda-se, ainda, a questão do retorno de sentimentos (*“le retour des sentiments”*) nos discursos dos mesmos, os estereótipos de gênero entre os advogados e também acerca do tempo do processo.

Por fim, no quarto capítulo, as representações da mediação, em conflitos familiares judicializados, na visão dos advogados familiaristas, a partir das informações da observação participante no CEJUSC, na comarca de Rio Grande. Nesse capítulo, se discute se a mediação tem um potencial teórico para se tornar um instrumento de autorreflexão do advogado e humanização do processo.

1. O ESTADO DA ARTE: O ESGOTAMENTO DO MODELO DE CONHECIMENTO DO DIREITO E DO PODER JUDICIÁRIO

A presente dissertação em direito propõe uma reflexão sobre as representações e as práticas sociais veiculadas pelos advogados familiaristas acerca da mediação, especialmente em conflitos familiares judicializados. De início, foi realizada uma revisão da literatura sobre o esgotamento do modelo de conhecimento do Direito e do Poder Judiciário.

A racionalidade que emerge do discurso moderno traz à tona vertentes utilitaristas, racionalistas e positivistas. Ocorre que se trata de discurso insuficiente e vazio para atender as complexidades da vida, bem como incapaz de vincular a lei com a realidade, velando as diferenças simbólicas que permeiam todo e qualquer tipo de conflito social (LUCAS, 2011a, p. 06).

Por conseguinte, na contemporaneidade - ou pós-modernidade ou, segundo Warat (2004, p. 37), transmodernidade - essa incompletude e insuficiência só se potencializaram. De acordo com Goretti (2016, p. 39), a contemporaneidade é marcada pela passagem da modernidade para a pós-modernidade e, por isso, pode-se afirmar que se trata de um período de transição ou “entretempos” (DYMETMAN, 2011, p. 17), ou seja, entre o moderno e o contemporâneo.

Trata-se de uma era entre a “velha cabeça” da modernidade – padrão produzido para uma Europa do século XVIII e XIX – e a “nova cabeça”, contemporânea ou pós-moderna, ainda em formação. Dymetman (2011) esclarece essa dicotomia entre a velha e a nova cabeça, a partir da ideia de trabalhar com entretempos:

[...] significa manter um duplo diapasão, em constante movimento entre um e outro: de um lado, a crítica ao que ainda está presente e, muitas vezes fortemente presente justamente por estar em ameaça de extinção e, de outros, mais que elogio, o voto de confiança em algo que ainda em formação, do qual pode-se vislumbrar, aqui e ali, embora ainda não tenhamos uma visão panorâmica plena. (DYMETMAN, 2011, p. 17/18).

Logo, vive-se em uma espécie de limbo, entre o “não mais” – o velho, o tradicional, pautado na dogmática jurídica e verticalidade do poder decisório, centrado no juiz-poder - e o “ainda não”- o novo, algo que substitua esse modelo que tanto se critica e que, apesar dos avanços, ainda apresenta recuos e certa resistência. O fato é que o paradigma jurídico, fundado no modelo científico hegemônico da Dogmática Jurídica, está ruindo, como denunciam de longa data autores como Wolkmer (2012,

p.27), Richinitti (2014, p. 44), Santos (2011, p. 14) e Bolzan de Moraes (2011, p. 25), por exemplo.

Há “uma incompatibilidade entre as complexas relações sociais e as estratégias hegemônicas atuais” (SPENGLER, 2010, p. 36), entre o direito (o formal) e a realidade, entre o senso comum da dogmática jurídica e o campo social. E, por isso, o monopólio estatal do poder decisório vem desempenhando papel, cada vez mais, obsoleto.

O Estado, a partir da modernidade, enquanto instituição detentora do monopólio da jurisdição, foi construído em premissas como as da territorialidade e soberania, em uma época em que tempo e espaço podiam ser medidos, mas hoje não consegue mais responder com rapidez e eficiência (satisfação) às demandas da sociedade moderna. Da mesma forma, o Estado “[...] foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 77).

Também há um descompasso entre a concepção de justiça do senso comum e a do Direito (enquanto ciência que estuda normas jurídicas e não significa necessariamente justiça ou moral), bem como um distanciamento dos ritos e da linguagem jurídica do cidadão comum (o leigo), aquele que vê suas expectativas de justiça, na maior parte das vezes, frustradas. De acordo com levantamento realizado pelo CNJ (2016a):

As pesquisas sobre o Poder Judiciário têm apontado que o jurisdicionado percebe os tribunais como locais onde estes terão impostas sobre si decisões ou sentenças. De fato, esta tem sido também a posição da doutrina, sustenta-se que de um lado cresce a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como, dentre outros, a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual; por outro lado, tem se aceitado o fato de que escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é harmonizar a sociedade mediante critérios justos, e, ao mesmo tempo, apregoa-se uma ‘tendência quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição que é o abandono de fórmulas exclusivamente positivadas’. (CNJ, 2016a, p. 38).

Atualmente, se experimenta uma crise estatal, jurisdicional e também do modelo de conhecimento do direito, oriunda da modernidade e da sua “fetichização do lugar da razão” (BITTAR, 2008, p. 102)². Essa fetichização está presente no culto pelo procedimento, na peregrinação pela unificação do sentido da lei e instrumentalização

² O detalhamento acerca da questão do racionalismo será apresentado no capítulo 3 desta dissertação.

da objetividade, numa evidente aplicação reducionista e hegemônica ao que é, ou deveria ser, plural (WOLKMER, 2012, p. 27). Como produto dessa hegemonização, Bourdieu (2006) destaca as inter-relações entre a cultura dominante e a classe dominante:

As ideologias, por oposição ao mito, produto coletivo e coletivamente apropriado, servem interesses universais, comuns ao conjunto do grupo. A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Este efeito ideológico, produz a cultura dominante dissimulando a função de divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante (BOURDIEU, 2006, p. 10-11).

Nesse sentido, o Estado, calcado por essa cultura dominante – racionalista e hegemônica –, passa por uma crise. Crise essa do Direito e do Poder Judiciário. Spengler (2010) aponta que a análise da crise pela qual passa o estado jurisdicional se centra em duas vertentes: a crise da eficiência e a crise de identidade, sendo que todos os reflexos oriundos destas vinculam-se, necessariamente, a um positivismo jurídico inflexível. Nas palavras da autora:

[...] Enquanto crise de identidade, pode-se vislumbrá-la por um certo embaraçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço. [...]. Intimamente ligada à crise de identidade encontra-se à crise de eficiência, uma vez que, impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa com a qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se, então, o flagrante descompasso entre a procura e a oferta dos serviços judiciais, em termos tanto qualitativos quanto quantitativos (SPENGLER, 2010, p. 109-110).

De outro modo, Goretti (2016, p. 38) sustenta que a sociedade brasileira vivencia uma tensão global de duas facetas: a primeira seria uma crise das relações intersubjetivas e a segunda uma crise de gestão dos conflitos:

A crise das relações intersubjetivas foi analisada a partir dos referenciais teóricos de Zygmunt Bauman e Edgar Morin e seus discursos de contextualização do estágio de crise no qual se encontra a sociedade contemporânea; uma condição líquido-moderna marcada pela conjugação de fatores como: *i*) a fragilização ou volatilidade das relações; *ii*) a falta de compromissos com vínculos duradouros; *iii*) a ausência de diálogo; *iv*) a

progressiva perda de autonomia (individual e social); v) e a banalização das práticas de violência.

Já a *crise de gestão dos conflitos* foi analisada na perspectiva dos seus três elementos caracterizadores: *i)* o agigantamento do Poder Judiciário; *ii)* a crise de administração da justiça; e *iii)* a gestão inadequada de conflitos. (grifos no original) (GORETTI, 2016, p. 30).

Pouco importa qual denominação dada ao cenário de esgotamento atual, o fato é que o estado das coisas atual reflete uma crise de pertencimento (identificação), de adequação e de ineficiência. Os jurisdicionados não se sentem parte desse modelo de gestão de conflitos; as disputas muitas vezes não são conduzidas de forma adequada, pois cada tipo de conflito possui um modelo mais adequado para conduzi-lo e não, necessariamente, o adversarial; e o binômio “morosidade-insatisfação” contribui para o sentimento de ineficiência da tutela jurisdicional.

Outrossim, também pode-se apontar como hipóteses que colaboram para essa descredibilidade jurisdicional a produção legislativa desenfreada e o enraizamento de uma cultura demandista/do litígio. Ou seja, a crescente judicialização de conflitos que pode ocorrer por diversos elementos, como a falta de diálogo.

Trata-se do desenvolvimento de uma prática reiterada de primeiro se buscar a via judicial para a resolução de controvérsias, antes mesmo de se tentar administrar autonomamente o conflito (influenciada pela supervalorização do Poder Judiciário como instituição legitimada para o manejo desses conflitos). Daí os elevados índices de descontentamento dos cidadãos para com esse modelo, os quais na mesma medida que desacreditam do sistema, também o retroalimentam, ensejando um círculo vicioso de hiperjudicialização e agigantamento do Poder Judiciário.

De maneira que a sociedade está, cada vez mais, “órfã do seu poder de tutela” (GORETTI, 2016, p. 49), órfã de autonomia. Esse comportamento está relacionado ao que Goretti (2016, p. 46) denominou de *crise das relações intersubjetivas*, pois diz respeito à precarização dos vínculos, tendência humana atual de incapacidade de satisfação com o que se tem, com a perda de autonomia individual e coletiva e a banalização de práticas de violência.

Igualmente, essa postura está ligada a ascensão do protagonismo do sistema judicial – judicialização da política e ativismo judicial - e do primado do direito – busca pela garantia de direitos e controle da legalidade e do abuso de poder³. Isso se deve ao fato de que o brasileiro tem a falsa concepção de que em qualquer método alternativo de

³ É o que Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 19) chama de “expansão global do Poder Judiciário” e Ricardo Goretti (2016, p. 49) denomina de “superego de uma sociedade órfã do seu poder de tutela”.

solução de conflito, não encontrará segurança jurídica ou resultados práticos satisfatórios para a resolução dos seus conflitos (CAMPOS, 2016, p. 02).

No entanto, o modelo adversarial binário conduz de forma rasa, por vezes meramente mecanicista, os impasses que lhe são apresentados, preocupando-se em resolver a lide processual e não a conflituosidade intersubjetiva que envolve aquele caso. Em razão de todos esses motivos é que o atual paradigma jurisdicional passou a ser visto, tanto pelos jurisdicionados (leigos) como pelos juristas (profissionais), como ineficiente, moroso e acentuadamente burocrático. De maneira que foi colocada em xeque sua própria legitimidade, pois se tornou sinônimo de mero porta-voz de “quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 69-70)⁴.

O déficit na qualidade das resoluções de conflitos tem como ponto principal a falsa percepção de que o incremento dos recursos materiais (estrutura física judiciária) o resolverá “sem atentar que o problema não encontra solução apenas em novas estruturas físicas ou rotinas internas, desafiando antes um novo arranjo institucional” (CURY, 2016, p. 490). Por conseguinte, o Poder Judiciário enfrenta uma hipertrofia.

De acordo com o relatório anual “Justiça em números 2016: ano-base 2015”, do Conselho Nacional de Justiça⁵, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2015 com quase 74 milhões de processos em tramitação (CNJ, 2016a, p.42). Segundo o mesmo relatório:

[...] apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário (74 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009 [...]. O crescimento acumulado deste período foi de 19,4%, ou seja, 9,6 milhões de processos a mais em relação àquele ano. Dessa forma, **mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque.** (grifei) (CNJ, 2016a, p. 42).

Nesse sentido, o CNJ (2016a, p. 141) concluiu que a taxa de congestionamento no Poder Judiciário permanece alta, de modo que de cada 100 processos que tramitaram na Justiça Estadual, apenas 25 foram baixados. Verifica-se ainda, nesse relatório, que a Justiça Estadual é o segmento responsável por 69,3% da demanda e 79,8% do acervo processual do Poder Judiciário (CNJ, 2016a, p. 43).

⁴ De acordo com Bolzan e Spengler (2012, p. 70), trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar muros normativos, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático.

⁵ Último relatório disponibilizado pelo CNJ até a data do recorte temporal desse estudo – início de junho de 2017.

De maneira que entre os assuntos mais demandados no Poder Judiciário, os temas que envolvem causas alimentícias ocupam o sexto lugar do ranking geral, perdendo para Direito do Trabalho, Tributário, Consumidor e outras áreas do Direito Civil (CNJ, 2016a, p. 74). Ao passo que na escala dos assuntos mais demandados no primeiro grau, na Justiça Estadual, os alimentos aparecem em quarto lugar, seguido pelo casamento, em nono lugar, e por relações de parentesco, em décimo segundo (CNJ, 2016a, p. 75).

O relatório aponta, ainda, que o maior gargalo da litigiosidade está na fase de execução. Segundo o CNJ (2016a, p. 118), para bem ilustrar o desafio a ser enfrentado, constava na Justiça Estadual um acervo de 59 milhões de processos que estavam pendentes de baixa no final do ano de 2015, dentre os quais, mais da metade (54%) se referiam à fase de execução.

Ademais, na justiça comum, o tempo médio de tramitação processual (procedimento ordinário) seria: i) da distribuição até a sentença: 1 ano e 11 meses; ii) da distribuição até a baixa: 2 anos e 9 meses; e iii) o tempo dos processos pendentes: 3 anos e 2 meses. Já na fase de execução teria: i) tempo da sentença de 4 anos e 4 meses; ii) tempo da baixa de 4 anos e 1 mês; e iii) tempo do processo pendente: de 8 anos e 11 meses (CNJ, 2016a, p. 126).

Como bem destacado pelo próprio relatório do CNJ (2016a, p. 70), a fase de conhecimento, na qual o juiz tem que vencer a postulação das partes e a dilação probatória para chegar à sentença acaba sendo mais célere do que a fase de execução que não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial. Por isso, compreende-se o sentimento de descrédito dos jurisdicionados com relação à resposta jurisdicional, posto que a duração do processo já é bastante irrazoável e, no momento em que o direito adquirido com a sentença deveria materializar-se, isso não ocorre.

Por todas essas razões é que cada vez mais tem se criticado o padrão do monopólio estatal e científico do direito, especialmente por apostar na relação sujeito-objeto, alheio à realidade social e, portanto, sonegador de especificidades. Esse modelo contribui sobremaneira para a alienação e a infantilização social: “A superação desse círculo vicioso de transferência de responsabilidades, geração de dependência e consolidação do monopólio do Estado sobre o poder, o saber, o direito, a moralidade e a justiça, apresenta-se como um dos maiores desafios do Direito na atualidade” (GORETTI, 2016, p. 55).

Apesar disso, o Poder Judiciário não é uma instituição descartável. Concorde-se com Spengler (2010, p. 116-117) quando refere que ele passa por uma crise que também é de Estado e do Direito, mas não pode ser dispensado, de maneira que novas estratégias de atuação da função jurisdicional precisam ser criadas para que o cidadão volte a crer na Justiça.

Nesse contexto, se compartilha a proposta de Santos (2011, p. 40) de um novo senso comum jurídico, pautado em três premissas básicas:

A primeira é uma crítica ao monopólio estatal e científico do direito. Esta premissa exige que sejam desveladas as alternativas ao dogmatismo jurídico e à teoria positivista do direito apostando numa concepção forte de pluralismo jurídico e numa concepção política do direito. [...] A segunda premissa consiste no questionamento do caráter despolitizado do direito e a sua necessária repolitização. [...] A crítica desta posição leva a reconfigurar o papel da principal instância de resolução de conflitos e aplicação do direito erigida nos marcos da modernidade, os tribunais. [...] A terceira premissa do novo senso comum jurídico requer que se amplie a compreensão do direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada, dando atenção para o que tenho vindo designar legalidade cosmopolita ou subalterna. (SANTOS, 2011, p. 13/15).

Nessa perspectiva, atentando especificamente às três premissas que Santos (2011, p. 14) assinala para uma revolução democrática da justiça, nota-se a necessidade de uma refundação do direito, em bases mais democráticas, por meio de uma nova base epistemológica, teórica e prática denominada “novo senso comum jurídico” (SANTOS, 2011, p. 14). Uma das premissas dessa nova realidade seria o pluralismo jurídico como forma de se contrapor ao monopólio estatal e cientificismo do Direito.

Deste modo, o pluralismo e a teoria crítica do direito surgem como resposta ao dogmatismo e à essa realidade acrílica e de fetichismo da lei, rejeitando-se a concepção meramente legalista e instrumental da Justiça, preocupando-se, sobretudo, com a legitimidade do Direito e propondo uma transição paradigmática, epistemológica, contra-hegemônica e emancipatória

Conforme Marin (2009, p. 38), “o papel da teoria crítica do direito é exatamente resgatar o viés interpretativo e recuperar a ideia do direito enquanto instrumento de realização da justiça”, desmitificando essa tradição hegemônica supramencionada. Nesse sentido, a própria doutrina entende que a crise pode ser positiva, porquanto pode significar a modificação do *status quo*. Melo (2002, p. 49) destaca que: “Se a crise denuncia a ineficiência de uma determinada ordem jurídica, incapaz de responder às

reais necessidades de uma sociedade em transformação, que não mais aceita o modelo e a prática tradicionais, ela é também capaz de operar uma nova ordem”.

Nesse caso, abriu-se margem ao pensamento jurídico crítico e a um chamado Direito alternativo, na medida em que se trata de uma opção ao Direito estatal vigente que valoriza situações concretas. Wolkmer (2012, p.248) afirma que “não se trata propriamente de um “uso alternativo do Direito”, mas de um processo de construção de outras formas jurídicas”. Conseqüentemente, em contraponto ao modelo homogêneo e centralizador do Direito, o pluralismo jurídico pode ser entendido como a valorização da diversidade, da independência e do reconhecimento de realidades distintas – tidas como secundárias ao Direito e para estatais.

Além disso, se vale da justiça social como parâmetro e tem como norte a autonomia, a participação, a descentralização, o localismo e a tolerância. Assim, pode ser concebido:

[...] a partir de uma redefinição da racionalidade e uma nova ética, pelo refluxo político e jurídico de novos sujeitos – os coletivos; de novas necessidades desejadas – os direitos construídos pelo processo histórico; e pela reordenação da sociedade civil – a descentralização normativa do centro para a periferia; do Estado para a Sociedade; da lei para os acordos, os arranjos, a negociação. É, portanto, a dinâmica interativa e flexível de um espaço público aberto, compartilhado e democrático. (WOLKMER, 2001, p. 171).

No caso do presente trabalho, a partir dessas ideias, pretende-se abordar novas diretrizes acerca da forma como os conflitos são manejados, bem como o papel do jurista nesse contexto, defendendo-se o resgate do papel de jurista dos atuais agentes jurídicos⁶, enquanto sujeito de resistência à dialética vigente e transformador de paradigmas que visivelmente não satisfazem o todo social e os propósitos democráticos de nosso país. Sobretudo porque nos parece crucial a necessidade de se repensar os saberes em um novo paradigma que compreenda a complexidade e respeite a realidade ao invés de impor supostas verdades ou juízos de valor.

Por conseguinte, em razão do evidente exaurimento e da distorção do uso das formas tradicionais (heterocompositivas) de resolução de conflitos, abre-se margem a discutir a forma com que os conflitos são tratados e quais políticas públicas judiciais e extrajudiciais podem contribuir para a autoimplicação e social, bem como para o uso

⁶ O jurista, transformado em operador ou agente, é produto de uma dogmática reducionista e simplificante que frequenta não só as faculdades de direito, mas que pertence ao senso comum teórico dos profissionais do direito, a qual dá ênfase à prática (muitas vezes empírica) do cotidiano, sem maiores compromissos com a densidade da formação teórica: “É o desde-já-sempre e o como-sempre-o-direito-tem-sido, que proporciona a rotinização do agir dos operadores jurídicos” (STRECK, 2014, p. 50/51).

racional e eficiente da máquina estatal. Nesse interim é que se pretende tratar acerca da mediação como paradigma emergente desse cenário.

1.1 A mediação enquanto processo e técnica

A fim de contribuir para uma acomodação das tensões postas em relevo é que alguns autores passaram a elaborar propostas e métodos alternativos (ao processo judicial) de condução de conflitos, também chamados de métodos autocompositivos, consensuais, ADRs – *Alternative Dispute Resolution* - ou RADs – Resolução Apropriada de Disputas. O vocábulo “alternativo” quer dizer uma opção à jurisdição, complementariedade a via jurisdicional, e não oposta a mesma ou subsidiária.

Por isso, a nomenclatura RAD é mais adequada, no sentido de que reflete as especificidades existentes em cada conflito, a ponto de possuir mais de um modo de condução ou um mais apropriado. Fazem parte desse grupo: a negociação, a conciliação, a arbitragem, as práticas autocompositivas inominadas e a mediação. Todos esses métodos são opções a verticalidade do poder decisório e centralização do juiz-poder até então impostas pelo modelo jurídico contemporâneo.

Essas alternativas ao modelo tradicional de gestão de conflitos não seguem um paradigma único, mas possuem como ponto de intersecção o *animus* de aplacar essa gestão inadequada dos conflitos supramencionada e o fato de a resolução do conflito partir dos próprios envolvidos, podendo haver a participação de terceiros para tanto ou não. Nesse sentido, esse estudo priorizará a análise da mediação, sob duas perspectivas: a do processo e a filosófica, pois se trata de instituto que pode ser examinado e compreendido sob três perspectivas distintas: como processo, como técnica (diz respeito às ferramentas utilizadas pelo mediador) e como filosofia (GORETTI, 2017, p. 162).

Assim, esse tópico se dedicará a abordá-lo enquanto processo, isto é, na qualidade de uma sequência (desestruturada, informal e flexível) de atos transformadores, concatenados de forma lógica e coexistencial no curso de sessões presididas por um terceiro imparcial (o mediador), com vistas à construção de uma solução dialogada, autônoma e compartilhada para um dado conflito de interesses (GORETTI, 2017, p. 162). Ao passo que o próximo a examinará sob a perspectiva filosófica (mediação pautada na ética do cuidado e responsabilidade pelo Outro).

A mediação é um método - informal, sigiloso e voluntário - de condução dos conflitos baseado no compromisso de não violência e de não agressão. É dirigida por um mediador, que é um terceiro alheio ao conflito que tem o dever de ser imparcial e gerenciar as sessões de mediação, a fim de facilitar o diálogo, bem como resguardar que todos os interesses e questões daquele caso sejam considerados.

Isso se dá por meio de uma pauta de trabalho, que é construída por todos os atores que participam de uma mediação – partes, advogados e mediadores -, os quais, inclusive, precisam concordar com os pontos a serem trabalhados. A pauta de trabalho será tratada durante as sessões, nas quais serão abordadas opções para resolução daquele caso, de forma não evasiva, sem sugestionar, com o objetivo de chegar a uma solução que assegure benefícios a todos os envolvidos.

Nesse ponto, antes de se adentrar na temática da mediação enquanto procedimento torna-se relevante traçar uma breve distinção entre conciliação e mediação, dado que comumente há uma confusão entre os dois métodos. A conciliação, via de regra, envolve contextos conflituosos menos complexos, que abrange relações circunstanciais, tendo um procedimento com certa limitação temporal para sua realização, tendo em vista que envolve um processo consensual breve (CNJ, 2016b, p. 22-23).

Por conseguinte, por ser um processo breve, possui menos ferramentas e procedimento mais simplificado se comparados com a mediação. Apesar disso, com o lançamento do Movimento pela Conciliação, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as diferenças entre mediação e conciliação foram consideravelmente reduzidas, pois “[...] partiu-se da premissa de que um poder judiciário moderno não poderia permitir a condução de trabalhos sem técnica. Diante desta abertura, passou-se a se defender explicitamente a utilização de técnicas na conciliação” (CNJ, 2016b, p. 22).

Essa falsa compreensão de que a conciliação não possui técnica pode ter como origem a *praxe* realizada nos Juizados Especiais Cíveis, criados pela Lei 9.099/95. Apesar de ter representado um marco importantíssimo para a celeridade processual, acesso à justiça e fomento de outros métodos de solução de conflitos, esses juizados tiveram seu intuito visivelmente distorcido no que tange aos métodos autocompositivos. Suas sessões de conciliação são feitas a “toque de caixa”, eis que muitas audiências são marcadas para o mesmo horário e cingem-se ao comparecimento perante um conciliador para dizer apenas “se tem ou não acordo”, sem qualquer negociação ou utilização de técnicas.

Não fosse isso, além de um procedimento mais breve e simplificado, a conciliação se mostra mais adequada para conflitos puramente patrimoniais. Ao passo que a mediação é indicada para hipóteses que envolva a preservação ou restauração de vínculos (CNJ, 2016b, p. 40). Contudo, a principal diferença entre conciliação e mediação tornou-se o grau de interferência do terceiro que conduz o procedimento.

O conciliador pode apresentar uma apreciação do mérito ou uma recomendação de solução do caso. Essa figura é um terceiro facilitador que pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra e imparcial (DIAS, 2016, p. 69). Por outro lado, na mediação, conforme aponta Alves (2010, p. 177), tem-se a decisão da causa a partir de um ajuste engendrado pelas próprias partes. O mediador, portanto, não pode sugerir, interferir e aconselhar, tão somente facilita a comunicação entre os envolvidos, sem induzir as partes ao acordo.

Ademais, além de facilitador do diálogo, o mediador atua auxiliando os envolvidos a identificar seus interesses, questões e sentimentos, bem como os provocando a sair de suas zonas de conforto para que consigam construir suas próprias respostas. Afinal: *¿Quién más que ellas mismas son las que mejor pueden decidir en la satisfacción de sus intereses?* (SAAD, 2016, p. 1926).

Assim, durante a sessão de mediação é imprescindível que se assegure o protagonismo dos mediandos, no sentido de propiciar um ambiente em que a prioridade da fala seja dos envolvidos no conflito e não do mediador ou advogado. Nesse aspecto, o mediador desempenha papel muito relevante - como condutor do procedimento, facilitador do diálogo e fomentador de opções -, mas jamais como protagonista.

Do mesmo modo, contribui para que se possa restabelecer a comunicação por meio de um diálogo transformador, não violento, comprometido com o respeito, flexível e disposto à compreensão, a fim de dissipar o antagonismo estabelecido pelo conflito. Para o presente estudo importam, em específico, os conflitos familiares judicializados, isto é, desajustes perpassados no âmbito das relações familiares que não são resolvidos entre os próprios interessados, razão pela qual os membros dessa relação se socorrerem ao Poder Judiciário para atribuir-lhe um “vencedor” àquela contenda.

O termo conflito costuma ser empregado equivocadamente como algo negativo e, geralmente, como sinônimo de violência. Apesar disso, seu conceito não é unânime na doutrina. De acordo com o *Manual de Mediação Judicial*: “O conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão

de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis” (CNJ, 2016b, p. 49).

Para Bolzan de Moraes e Spengler (2012, p. 46), o conflito pode ser entendido como: “[...] o confronto de duas vontades quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução”. Verifica-se, portanto, que diz respeito a um processo socialmente construído e dinâmico que, em geral, diz respeito a romper com a resistência do outro.

No entanto, apesar das variações de conceitos, há o consenso de que o importante é encontrar meios para conduzir os conflitos cotidianos. Nesse sentido Wrasse (2012) destaca que:

O conflito tem o poder de transformar as pessoas, seja nas relações com os outros, ou consigo mesmo. Logo, o conflito pode ser promotor de integração social. É um fenômeno que socializa, equilibra relações de poder e provoca a formação de alianças que objetivam o mérito da disputa. Pode ser fonte de novas ideias, de expressão e exploração de diferentes pontos de vista, interesses e valores. Um debate bem estruturado em sala de aula gera o crescimento intelectual dos estudantes, o que pode revelar o caráter positivo ou negativo do confronto é a maneira como lidamos com ele. (WRASSE, 2012, p. 54).

Assim, o mediador auxilia os mediados a perceber o conflito de forma potencialmente positiva, ajudando-os a percebê-lo não como ameaça, mas como oportunidade, pois a mediação vê no conflito uma possibilidade de crescimento pessoal, diálogo, construção e reconstrução das relações e laços sociais (ALBERTON, 2014, p. 102). Logo, a possibilidade de se perceber o conflito de forma positiva – oportunidade para mudar e crescer - consiste em uma das principais alterações da chamada moderna teoria do conflito e da mediação.

Busca-se, com isso, afastar a visão de que conflitos são processos destrutivos e negativos, percebendo-o como um fenômeno natural das relações humanas, passível de compreendê-lo de forma positiva (CNJ, 2016b, p.51), despolarizando as situações mediadas. Concorda-se com Wrasse (2012) quando refere que

A análise dos fatores que levaram ao desenvolvimento do conflito pode ser uma experiência enriquecedora. Escutar o raciocínio do outro pode provocar uma mudança de pensamentos, fazendo possível compreender a razão pela qual se instalou aquela situação de disputa. Comunicação é a palavra-chave, pois a falta dela, geralmente, é uma das causas do litígio e ela em si pode simbolizar a resolução (WRASSE, 2012, p. 51).

Dessa forma, Almeida e Pantoja (2016) conceituam a mediação como:

[...] um processo dinâmico de negociação assistida, no qual o mediador, terceiro imparcial e sem poder decisório, auxilia as partes a refletirem sobre os seus reais interesses, a resgatarem o diálogo e a criarem, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e possibilidades de todos os envolvidos, sempre sob uma perspectiva voltada ao futuro da relação (ALMEIDA; PANTOJA, 2016, p. 88).

A mediação está relacionada, destarte, a uma mudança paradigmática de uma cultura do litígio para uma cultura da paz. E paz, ao contrário do que comumente se pensa, não significa a ausência de conflito, mas a possibilidade de conviver apesar das divergências (MAIA; BIANCHI; GARCEZ, 2016, p.51). Propõe-se a romper com o paradigma individualista e racionalista iluminista, de compreensão do mundo como resultado da relação sujeito e objeto, visando dar sentido a um novo modelo de solução de conflitos focado no consenso e diálogo. De maneira que a relação passa a ser sujeito-sujeito (BOFF, 2005, p. 31).

Pauta-se na ideia de que novos meios de realização da Justiça podem ser gerados por meio de um projeto emancipatório que articule Direito, Ética, democracia e justiça social (FOLEY, 2011, p. 245). Mediar, portanto, “é romper com a bruteza da ação e aproximar expectativas; é desarmar e potencializar a palavra; é falar e escutar; é enfim, poder ver no outro aquilo que sou”. (LUCAS, 2011a, p. 06). Por isso, pressupõe uma (re)aproximação dos envolvidos para que eles próprios possam construir a resposta à questão litigiosa (ALBERTON, 2014, p. 102).

Para Almeida (2014, p. 25), os quatro pilares teóricos da mediação de conflitos são: a ética, o diálogo, o pensamento sistêmico e os processos reflexivos. Tratam-se dos alicerces de cada ferramenta e aporte teórico em que se assenta a mediação. Nessa perspectiva, dão sustentabilidade teórica à prática da mediação:

- Norteadores éticos, pelo fato de se tratar de uma atividade interativa, que reúne duas ou mais pessoas motivadas pela proposta da autocomposição;
- Pensamento sistêmico, por ser o paradigma adotado por todas as ciências como cenário de entendimento do que acontece no universo;
- Diálogo como processo por ser o meio, o instrumento que viabiliza a autocomposição e a realização de outros princípios na Mediação;
- Processos reflexivos porque são o território onde as ideias dos mediandos são geradas e articuladas com as do interlocutor e com as informações propiciadas pelas diferentes conversas que a Mediação promove, viabilizando assim a construção de soluções e a sua autoria; o resgate da relação social e do diálogo – bens maiores a alcançar no processo de mediação. (ALMEIDA, 2014, p. 131-132).

Entretanto, apesar da mediação ter pilares diferenciados, isso não quer dizer que são contrários ao processo judicial, conforme pondera Saad (2016):

Técnica, diferenciada del proceso judicial y como tal, independiente de la existencia viva del método tradicional. Sus presupuestos diferenciados, no son excluyentes del proceso judicial, sino que ambos forman parte de un complejo sistema de abordaje de un conflicto, complementándose, en diálogo, formando parte de ese “movimiento” de constante tensión en las relaciones de conflicto. (SAAD, 2016, p. 1914-1915).

À vista disso, se trata de um método de ação não violenta capaz de converter relações conflituosas em relações de reconhecimento, pautadas na ética da alteridade, na justiça e na paz (GORETTI, 2016, p. 127). Essa perspectiva já entra na seara filosófica da mediação, isto é, enquanto prática, fundada num princípio de não violência e cuidado, motivo pelo qual se passará a discorrê-la, pois seria incompleto abordar a temática da mediação sem falar sobre cuidado, alteridade e emancipação social.

1.2 A mediação como filosofia: prática de gestão de conflitos emancipadora, de cuidado e de aproximação com o Outro

Esse ponto foi dividido em dois momentos. De modo que, em um primeiro momento, serão trazidos os conceitos de cuidado e outridade, indispensáveis para a compreensão filosófica e deontológica da mediação. E, em um segundo momento, se traz a marca emancipatória e democrática dessa metodologia. Entretanto, se ressalta que esses conceitos e acepções não são estanques e estão intimamente ligados.

Boff (2005, p. 30) entende que há dois modos básicos de ser-no-mundo: o modo do trabalho (pautado no modelo sujeito-objeto, no paradigma racionalista, objetivista e coisificador, do ser humano como máquina numa voracidade produtivista) e o modo do cuidado (modelo sujeito-sujeito). O modo de ser-no-mundo do cuidado evidencia que tudo começa com os sentimentos, sendo exatamente isso o que nos qualifica e constitui como humanos.

Isso significa que cuidado possui uma dimensão ontológica (BOFF, 2005, p. 28). Não se trata, portanto, de *logos* (o masculino, a razão, as estruturas de significação), mas de *pathos* (o feminino, o sentimento, a capacidade de simpatia, de empatia, de dedicação, de cuidado e de união com o diferente) (BOFF, 2005, p. 33)⁷.

⁷ Essas acepções estão correlacionadas à questão do cuidado e gênero, que serão abordadas no terceiro capítulo, revelando uma dicotomia das relações, na medida em que traz o paradigma do feminino-emoção e masculino-razão. Gilligan (2013, p. 34) trata acerca da ética do cuidado, revelando que as mulheres possuem modos de pensar e focalizar os problemas diferentes dos homens, na medida em que a questão do cuidado (relacional) é balizadora de suas decisões diante de conflitos de dimensões morais. Segundo Gilligan (2013, p. 34): “La ética del cuidado nos guía para actuar con cuidado en el mundo humano y recalca el precio que supone la falta de cuidado: no prestar atención, no escuchar, estar ausente en vez de presente, no responder con integridad y respeto” (GILLIGAN, 2013, p. 34). Ao passo que para os homens

Por isso, segundo o autor, o grande desafio é conseguir combinar trabalho com cuidado, conseguir chegar a um meio-termo, uma vez que juntos constituem a integralidade da experiência humana, por um lado ligada à objetividade e por outro à subjetividade. O equívoco consiste em opor uma dimensão à outra, e não vê-las como modos-de-ser do único e mesmo ser humano (BOFF, 2005, p. 32). Nessa acepção Boff (2005, p. 34) ainda explica:

Importa colocar em tudo cuidado. Para isso, urge desenvolver a dimensão de *anima*, que está em nós. Isso significa: conceder direito de cidadania fundamental à nossa capacidade de sentir o outro; ter compaixão com todos os seres que sofrem, humanos ou não-humanos; obedecer mais à lógica do coração, da cordialidade e da gentileza do que à lógica da conquista e do uso utilitário das coisas. Dar centralidade ao cuidado não significa deixar de trabalhar e de intervir no mundo. Significa renunciar à vontade de poder que reduz tudo a objetos, desconectados da subjetividade humana. Significa impor limites à obsessão pela eficácia a qualquer custo. Significa derrubar a ditadura da racionalidade fria e abstrata para dar lugar ao cuidado. Significa organizar o trabalho em sintonia com a natureza, seus ritmos e suas indicações. Significa respeitar a comunhão que todas as coisas têm entre si e conosco. (BOFF, 2005, p. 34).

Essa concepção vai ao encontro da percepção de Abrão (2010, p. 04) quando afirma que uma das causas do mal-estar que hoje é recorrente é justamente: “o distanciamento entre razão e afeto nas formas de integração social”. O distanciamento entre o trabalho e o cuidado, especialmente importando para essa dissertação, nas formas de resolução de conflitos familiares na modernidade.

Assim, Abrão (2010, p. 04) compreende que o conceito de *philia* (amizade) aristotélico constitui a racionalidade prática da mediação comunitária (ABRÃO, 2010, p. 04). Entretanto, entende-se que essa racionalidade não é específica da mediação comunitária, mas da mediação enquanto gênero de diversas espécies (transformativa, comunitária, familiar, circular-narrativa, escolar, empresarial, etc.), motivo pelo qual é preciso resgatá-lo.

A amizade para Aristóteles (2005, p. 174) é o vínculo social que mantém as relações, bem como a unidade entre ética e política. O que requer conhecimento, intimidade, reciprocidade de afeição e o desejar bem do outro como interesse próprio.

Para Aristóteles (2005, p. 176) a amizade é nobre porque enxerga no amigo um outro “eu”, uma parte de si⁸. Logo, aqueles que desejarem o bem ao amigo pelo o que

suas decisões são pautadas em uma ética da justiça, com base em valores individualistas, hierárquicos e interpessoais. Ambas as perspectivas, feminina e masculina, são construídas desde a infância, sendo pares uma da outra e não subordinadas.

⁸ Nesse sentido, classifica a amizade em três tipos: a que visa prazer, a que visa utilidade e a amizade entre homens bons (considerada a verdadeira amizade) (ARISTÓTELES, 2005, p. 175). De maneira que

eles são, são amigos no sentido próprio, pois, em termos aristotélicos (2005, p. 206), a benevolência é o início da amizade. Segundo Ghiseni e Spengler (2011):

A amizade é a forma mais significativa de uma comunidade possível que vive à espera de reconhecimentos, mas que também vive independentemente deles. É a comunidade que não diferencia a pertença com base nos bens, mas que identifica formas complexas da identidade (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 27).

Nessa perspectiva, Bittar (2008, p. 126) refere que a ética do cuidado é uma sugestão de caminho e um modo de percurso, forma de agir e modo de garantir que a entrega à alteridade se dê na base do respeito afirmador do lugar do outro como ser de razão e emoção e, exatamente por isso, de dignidade humana. O cuidado, então, possui duas significações básicas: a primeira designa a atitude de desvelo, de solicitude e atenção para com o outro. E a segunda nasce desta primeira: a preocupação e a inquietação pelo outro, porque nos sentimos envolvidos e afetivamente ligados ao outro. (BOFF, 2005, p. 29).

Preocupar-se com a “outridade” (WARAT, 2001, p. 195), enxergar no outro aquilo que sou – identificação/reconhecimento - e enquanto sujeito de direitos, sentimentos e interesses, é a mola propulsora da mediação. A ética do cuidado é uma ética de alteridade (outridade) que se preocupa e respeita o outro.

Segundo esse “pacto de outridade” é preciso assumir um compromisso: de entendimento, de não agressão, de não uso da violência como forma de resolução de um conflito (GORETTI, 2017, p. 165). Essa reflexão está presente em todo o percurso da mediação, não só no sentido de desvelar interesses reais⁹ trajados por posições¹⁰, mas também como exercício de aproximação, por meio do diálogo, e de descoberta do rosto do Outro.

De acordo com Butler (2011, p. 15), algo em nossa existência se prova precária quando a forma como o Outro nos toca falha em nos convencer. Para Lévinas (1982, p. 39), o exercício maior de alteridade consiste em olhar para o rosto, de maneira que

ambas as amizades que almejam interesse (utilidade e prazer) são perecíveis: “Se as partes não permanecem como eram no início, pois se uma das partes cessa de ser agradável ou útil, a outra deixa de amá-la.” (ARISTÓTELES, 2005, p.175).

⁹ De acordo com Goretti (2016, p. 147), são as reais aspirações ou desejos dos seres humanos nos seus incessantes processos de busca por satisfação, podendo variar em termos de graus de prioridade, de pessoa para pessoa ou de situação para situação.

¹⁰ “As posições, para Goretti (2016, p. 147-148), consistem naquilo que o indivíduo declara ou acredita necessitar, para os fins de satisfação das suas necessidades e desejos. São as pretensões declaradas, verbalizadas, que podem ou não ser correspondentes aos reais interesses em jogo.

entende a ética intimamente ligada nessa busca do sentido do humano a partir da alteridade (do rosto do Outro).

Ao passo que para Butler (2011) o rosto significa um entendimento da condição de precariedade do outro, sendo que é isso que faz com que a noção de rosto pertença à esfera ética (2011, p. 19). É a exposição do vulnerável, mas também de verificar o paradoxo entre o medo de ser submetido à violência e ser obrigado a infligir violência.

Na mediação, enxergar o rosto do Outro é uma condição para um diálogo produtivo, pois “para superar um conflito de forma não violenta, no paradigma da mediação, é preciso reconhecer o Outro, respeitar suas diferenças, perdoá-lo, considerá-lo como sujeito de desejos legítimos, ainda que opostos aos seus” (GORETTI, 2017, p. 164). Nesse seguimento Warat (2001) destaca a mediação como terapia de reencontro com o outro:

Partindo daí, a mediação, como terapia do reencontro pretende inverter o olhar: a imagem do outro não como aquela que enxergamos. E sim, ao contrário, é a imagem que nos olha, agora, e que nos interroga, e inquieta os andaimes muito bem solidificados de nosso ego e de nossa cultura. O outro, ao enxergar-nos, põe em questão o que nós acreditamos ser, e todas aquelas imagens que fazemos para classifica-lo e dominá-lo, enganando-o com nossas instituições, eliminando o que neles nos mexe e ameaça. O outro, agora, como oportunidade vital, é o ponto de apoio para os problemas de difícil solução. É o outro pondo em marcha mecanismos da alma que sirvam para tomar uma posição ativa diante dos nossos conflitos. É o outro permitindo apreender a renascer. (WARAT, 2001, p. 64).

Assim, a mediação se relaciona com uma ética de alteridade que reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor em relação ao outro (WARAT, 2001, p. 70).

Ademais, o caráter de autoimplicação (coautoria e corresponsabilidade dos envolvidos no caso mediado) e de oportunidade transformadora de crises em prol de benefício mútuo também integra a ética de alteridade e do cuidado. Como bem destaca Gorette (2017, p. 171), fazer com que os mediados se apropriem do conflito, responsabilizando-se por ele, pelo Outro e pelo conflito é um dos principais objetivos da mediação e indicativo de que as partes foram empoderadas (autodeterminação) e assumiram uma condição necessária de protagonismo.

A marca emancipadora da mediação pode ser concebida enquanto avessa ao paradigma da Modernidade, à racionalidade instrumental do capitalismo e de

dominação da lógica atual. E enquanto função psicopedagógica, na medida em que proporciona o aprendizado da convivência consigo e com o Outro no conflito (GORETTI, 2017, p. 168).

Possui, portanto, um escopo ecológico de promover autonomia e melhorias na qualidade de vida dos sujeitos, que são educados para compreender o Outro e a si, dando uma dimensão emancipatória ao conflito, eis que não objetiva eliminar o interesse alheio, mas sim, a partir da ética da alteridade, olhar o conflito também a partir dos olhos do Outro, a fim de construir reciprocidade entre os sujeitos (GORETTI, 2017, p. 165). Ademais, o fomento a mediação consagram a previsão constitucional do Estado democrático de direito – no sentido de reforço da participação popular no exercício do poder e na construção do consenso.

Por isso tem um forte caráter democrático. Sobretudo porque dá voz aos silenciados, valorizando a oitiva dos oprimidos e marginalizados, de modo que são eles mesmos que ditam suas sentenças, sem intermediadores, retirando do Estado o papel de protagonista. Logo, o desenvolvimento dos meios autocompositivos, de acordo com Pantoja e Almeida (2016):

[...] atende, desse modo, às determinações constitucionais que exigem um Estado eficiente (artigo 37, caput), e que assegure a todos a razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII), o que pressupõe, justamente, a utilização da via judicial de forma residual, apenas nos casos em que a mediação ou a conciliação não possam resolver satisfatoriamente os conflitos (PANTOJA; ALMEIDEA, 2016, p. 67).

Por conseguinte, os métodos autocompositivos se coadunam perfeitamente com um dos objetivos fundamentais, e princípio, da República Federativa do Brasil: a solidariedade. Positivada no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, a solidariedade passou a ser encarada, ao menos formalmente, como norte das relações intersubjetivas da sociedade e meta a orientar as políticas públicas do Estado brasileiro, externando o chamado direito fraterno.

Segado (2012, p. 153) e Martín (2006, p. 55) entendem que o princípio da solidariedade se entrelaça plenamente no núcleo do Estado social. O princípio da solidariedade se expressa nas três rupturas com os sistemas anteriores, qual sejam, a ruptura a respeito do universalismo da categoria de sujeito (questão da desigualdade de direito para tratar a desigualdade de fato), a ruptura da subjetividade e a ruptura com o individualismo, preocupando-se com o coletivo. (MARTÍN, 2006, p. 66-67).

Dessa forma, o princípio da solidariedade vai de encontro ao individualismo e a ótica-universal-sonegadora atual. Vem carregado dessa “áurea” de cuidado e alteridade visando à observância aos direitos humanos, pois, como bem afirma Santos (2014, p. 15), a grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos.

Assim, Bittar (2008) é enfático no necessário compromisso com a alteridade e a solidariedade em metodologias em (e para) os direitos humanos:

Se não há direitos humanos sem respeito, o respeito significa aqui a capacidade de amar e deixar se desenvolver integralmente, e não o dominar, o castrar, o manipular; uma ética do cuidado, exala respeito, porque cultiva o poder do afeto como forma de “olhar com atenção” (*respiecere*). Por isso, a educação e a metodologia em (e para) os direitos humanos deve preparar para o convívio com a diversidade, na base do diálogo e do respeito, voltado para a alteridade, como forma de prática da solidariedade social, na base da tolerância. (BITTAR, 2008, p. 125).

Nessa perspectiva, é que a mediação se propõe a assumir esses compromissos de alteridade e solidariedade. Por isso, se torna importante compreender as origens históricas e norteadores da mediação de conflitos, bem como a perspectiva atual da temática no Brasil.

1.3 A trajetória da mediação de conflitos no Brasil: o presente “consenso regulado” e a “cultura pós-convencional”¹¹

A trajetória da mediação não é linear, mas fruto de uma evolução gradual e lenta, a qual “se origina da fusão de diferentes eras, tendências, ideais, culturas, valores e eventos” (MAIA; BIANCHI; GARCEZ, 2016, p. 44). Era praticada de forma empírica, por religiões e povos, muito antes de ser conhecida como metodologia para a solução de desavenças. A história recente aponta que a popularização da mediação no Ocidente se deu nos Estados Unidos, na década de 70:

A institucionalização desses instrumentos – ou seja, a inserção desses métodos na administração pública, em especial, no Poder Judiciário – iniciou-se, no final da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão de uma proposta do professor Frank Sander denominada *Multidoor Courthouse* (Fórum de Múltiplas Portas). Esta organização judiciária, proposta pelo

¹¹ As expressões “consenso regulado” e “cultura pós-convencional” são inspiradas na fala do Prof. Dr. José Luiz Bolzan de Moraes, em palestra intitulada “Os desafios da Mediação no Séc. XXI”, no evento de abertura das comemorações dos 15 anos do Núcleo de Estudos de Mediação (NEM), na Escola Superior da Magistratura (AJURIS), em 31/03/2017, na cidade de Porto Alegre/RS. Ao longo desse tópico explicam-se os motivos da adoção dessas expressões.

Fórum de Múltiplas Portas (FMP), compõe-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, em vez de existir uma única “porta” (o processo judicial) que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um sistema amplo com vários tipos distintos de processo que forma um “centro de justiça”, organizado pelo Estado (e apoiado pela iniciativa privada), no qual as partes podem ser direcionadas ao processo mais adequado a cada disputa. (CNJ, 2016b, p. 18).

Portanto, foi em 1970 que Frank Sander deu início ao que denominou de *Multi-door Courthouse* ou Tribunal Multiportas, que representou um marco nos estudos de métodos para-judiciários (extrajudiciais) de solução de conflitos. Paralelamente a isso, na mesma década, na Fundação Ford – Projeto Florença – Mauro Cappelletti e Bryant Garth iniciaram projeto de pesquisa de identificação dos entraves do acesso à justiça, criticando veementemente: “[...] à concepção excessivamente formalista e dogmática do direito e a perspectiva unidimensional da Justiça como aplicadora das disposições legais” (CURY, 2016, p. 487).

Com o advento do estado social, a preocupação com o efetivo acesso à justiça ganhou notoriedade, posto que, conforme Cappelletti e Garth (1988) já denunciavam naquela época, acesso à justiça não é sinônimo de judicialização, mas pressupõe cidadania e não qualquer sistema de justiça. De modo que, esses autores identificaram três tipos de obstáculos para a consagração do acesso à justiça no mundo: de natureza econômica, organizacional e processual.

Seriam, então, os métodos autocompositivos a terceira onda de acesso à justiça, cuja análise diz respeito aos obstáculos processuais propriamente ditos, pois, o processo judicial, da maneira com que foi estabelecido, não corresponde ao meio ideal para a defesa de determinados direitos (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 56). Assim, Cappelletti e Garth (1988, p. 72) denominaram como a terceira onda “o enfoque do acesso à justiça”, na medida em que objetiva instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar os juristas.

De acordo com esses autores, a “terceira onda” de reforma: “[...] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68). Nesse sentido, o Sistema Multiportas e a mediação significaram um desdobramento em direção a essa terceira onda, bem como o acesso a uma “nova cultura”.

De acordo com Bolzan de Moraes (2017) essa pode ser denominada de “cultura pós-convencional”, no sentido não só de estagnação da judicialização e resposta a crise do estado de jurisdição, mas de formação de novos atores, a qual substitui a autoridade por autonomia e litígio por consenso (não violência). Maia, Bianchi e Garcez (2016) elucidam essa nova cultura explicitando o modelo no qual a mediação é pautada:

Sob a perspectiva da qualidade de interação nas relações humanas, a Mediação convida os sujeitos para uma postura colaborativa e inclusiva, que é antagônica e contrastante com aquela experimentada em uma disputa judicial, notadamente por conduzir as partes a assumirem a responsabilidade de encontrar a solução de seus próprios conflitos, ao invés de terceirizar a decisão. Como consequências, pode-se observar a substituição do modelo perde-ganha, adversarial, pelo modelo ganha-ganha, cooperativo, além da emancipação dos sujeitos por meio do protagonismo assumido na abordagem das questões (MAIA; BIANCHI; GARCEZ, 2016, p. 51).

Na América Latina, a Argentina foi o primeiro país a adotar um Programa Nacional de Mediação, sendo que hoje o acesso à via judicial está condicionado à tentativa prévia de solução do conflito por meio da mediação (MAIA; BIANCHI; GARCEZ, 2016, p. 47)¹². Já no Chile, Colômbia e Peru, a mediação ainda está em processo de afirmação.

No Brasil, na década de 80, o movimento mundial de acesso à justiça, pautado nas ondas renovatórias do processo, influenciou não só a criação de algumas leis - como a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas causas (Lei 7.244/1984)¹³ -, mas também o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 que traz “a solução pacífica de controvérsias” como diretriz estatal. Após, advieram outras tratativas legislativas e audiências públicas acerca do tema, tais como os Projetos Lei 4.837/1988 e 4.827/1998. Porém, foi em meados dos anos 90, seguindo a tendência latino-americana, que os métodos não adversários passaram a ganhar relevo no país.

Em 29 de novembro de 2010, foi publicada a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça que representou o primeiro marco regulatório da mediação no Brasil. Teve como grande mérito o fato de dar a devida relevância a outros métodos de condução de conflitos, ditos até então “alternativos”, reconhecendo-os como “adequados” e elevando-os ao patamar de política pública judiciária nacional.

¹² “Das 24 províncias argentinas, 22 já possuem legislação obrigando buscar a conciliação e a mediação antes de ingressar com um processo na Justiça. E os resultados disso? Redução de 30% do estoque processual” (DESJUD JUSTIÇA SEM PROCESSO, 2015).

¹³ “Posteriormente, em substituição a esses órgãos, a Lei nº. 9.099, de 26.09.1995, criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e, na sequência, a Lei nº. 10.259, de 12.07.2001, disciplinou estes Juizados no âmbito da Justiça Federal” (PANDOJA; ALMEIDA, 2016, p. 63).

Trata-se de uma política de fomento à realização dos métodos autocompositivos dentro e fora do Poder Judiciário. Além disso, busca autonomizar os cidadãos, indo ao encontro da cultura pós-convencional, no sentido de dar visibilidade e voz aos atores que deveriam ser os protagonistas dos processos para que consigam construir a melhor solução para os seus problemas. Também objetiva aplacar as crises supramencionadas, tanto almejando que a sociedade retome a gerência/tutela de suas próprias vidas, e responsabilidades, como liberando o Judiciário do ideário de instância primária de gestão de conflitos.

Ademais, determinou a criação dos NUPEMECs (Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos) e CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) por meio dos Tribunais de Justiça estaduais, os quais gradativamente foram implantados desde então. De maneira que, a partir dessa resolução e suas determinações para a criação de um sistema operacional permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, adveio o PL n. 8.046 (projeto lei do Novo Código de Processo Civil) e o PL n. 7.169 (que foi transformada na Lei Ordinária 13.140/2015, conhecida como “Marco Legal da Mediação”).

Nesse ponto, convém esclarecer que a expressão “consenso regulado”, a qual empresta sentido ao presente subtítulo, diz respeito justamente ao momento legislativo vivenciado, possuindo um duplo sentido. Primeiro, a expressão referenda o momento atual em que algumas diretrizes legislativas “formalizaram” a cultura do consenso. Depois, porque também representa uma crítica à burocratização do exercício da mediação e do que deveria ser informal e acessível. Nesse sentido, Vezzula (2016) destaca:

Os que aderem aos princípios neoliberais têm tentado sequestrar a Mediação propiciando uma “justiça privada”, onde o poder continua a ser exercido na imposição de acordos sem respeito nem responsabilidade. Os que aderem aos princípios da imprescindível intervenção do Estado para assegurar os direitos dos ‘mais fracos’ tentam, pela sua parte, deturpar a Mediação submetendo-a à burocracia. (VEZZULA, 2016, p. 22).

É certo que apesar da informalidade do procedimento, são necessários alguns princípios e regras para assegurar a efetividade da mediação. Todavia, é igualmente preciso atentar para não se perpetuar o hábito de “olhar o novo com olhos do velho”, no sentido de que no lugar em que deveria exsurgir o novo, continue-se com as velhas

práticas, insuladas no sentido comum teórico (STRECK, 2014, p. 53), produzindo-se “mais do mesmo”.

Assim, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), o qual entrou em vigor em março de 2016, traz 38 artigos sobre mediação, enunciando, desde logo a preocupação com o abandono da cultura do litígio e fomento aos métodos autocompositivos, conforme se verifica em seu §3º do artigo 3º. De maneira que, hoje, ao menos formalmente, a mediação e a conciliação são tidas como normas fundamentais do processo civil.

Evidencia-se, assim, uma transformação de concepção no modelo de processo e valorização dessas ferramentas, tanto que o Novo Código de Processo Civil introduziu uma nova fase ao processo cível comum. Denominada de inicial, prevê que haverá uma audiência para conciliação ou mediação (a depender do tipo de relação que envolve o conflito), estabelecida pelo artigo 319, VII e o artigo 334, antes que flua o prazo para defesa.

Por conseguinte, a regra é a de que essa fase será obrigatória em todas as ações, salvo quando ambas as partes sinalizarem expressamente que não desejam a via conciliatória ou em situações de imediabilidade. Logo, a disciplina da mediação: “[...] segue exatamente o mesmo modelo preconizado pelo CNJ, optando por priorizar a mediação e a conciliação praticadas dentro da estrutura do Judiciário, no âmbito dos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos” (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 65).

Ademais, é importante ressaltar que o novo Código, no artigo 165, determinou a criação dos CEJUSCs, os quais são: “responsáveis pela realização de sessões de audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. No entanto, além de prever a mediação em conflitos pré-processuais e já judicializados, o NCPC instituiu a possibilidade de atuação privada por parte dos conciliadores e mediadores, legitimando a criação de câmaras privadas¹⁴ para tanto.

¹⁴ Também denominadas Centros ou Núcleos de conciliação, mediação e arbitragem são empresas que trabalham com métodos autocompositivos de solução de conflitos (CENTRO DE MEDIADORES INSTITUTO DE ENSINO, 2016). São independentes dos tribunais dos estados, no entanto não dispensam a conferência e homologação de acordo por um juiz da área. Além disso, o art. 167 do Novo Código de Processo Civil estabelece que os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Também elevou os conciliadores e os mediadores ao patamar de auxiliares da justiça, em seu artigo 149¹⁵. Contudo, até o momento, a profissão do mediador judicial ainda não foi devidamente consolidada e valorizada, vide o fato de que os Tribunais ainda não conseguiram estipular remuneração pelo serviço prestado por estes, em que pese já haver tratativas acerca do tema no país¹⁶.

Por conseguinte, os mediadores e conciliadores vinculados aos CEJUSCs das comarcas dos Tribunais de Justiça estaduais trabalham de forma voluntária e gratuita. Contrariando a previsão de que haja uma tabela de remuneração fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, no artigo 169 do NCPC.

Outro marco regulatório que versa sobre o tema no país é a Lei 13.140/2015, conhecida como “Marco Legal da Mediação”, publicada aos três meses da edição do NCPC. Trata-se da primeira lei a disciplinar minuciosamente esse método autocompositivo, cuja versão conjuga três projetos de lei, quais sejam: os PLs nº. 517/2011, nº. 405/2013 e nº. 434/2013).

A Lei 13.140/2015 não referiu qualquer revogação do NCPC. Consequentemente, em caso de incongruência entre ambos, deverá prevalecer a aplicação da lei especial sobre o código de processo civil, por se tratar de norma especial e mais recente da matéria. No entanto, nos quarenta e oito artigos que compõe a lei, há muitos pontos comuns com o NCPC, embora a lei seja mais cuidadosa sobre o tema, normatizando questões que não foram previstas pelo Código.

A lei disciplina a mediação judicial e, especialmente, a extrajudicial. Traz como novidade, em seu artigo 46, a hipótese de mediação pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que, por óbvio, as partes estejam de acordo.

No contexto desses marcos regulatórios, a Resolução n. 125 do CNJ sofreu duas emendas. A primeira, de março de 2013, alterou alguns artigos da versão original da resolução, tais como os artigos 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 13, 15, 16, 18 e os Anexos I,

¹⁵ Ressalta-se que em 2010, a Resolução n. 125 do CNJ já havia regulado, em seus anexos, um Código de Ética que prevê breve regulamentação acerca da atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores de solução consensual de conflitos nos tribunais.

¹⁶ Segundo o portal do CNJ, em maio de 2016, foi aprovada, pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça, uma minuta de resolução do Conselho que define os critérios da remuneração de mediadores e conciliadores judiciais, mas até o presente momento essa não foi levada ao Plenário Virtual. A minuta prevê cinco níveis remuneratórios: “o primeiro patamar prevê atuação voluntária. Seguem depois quatro níveis de remuneração: o básico, o intermediário, o avançado e o extraordinário”. (CNJ, 2016c).

II, III e IV. Já a segunda emenda, de março de 2016, a adequa às novas leis que consolidam o tema no país – a Lei de Mediação e o Novo Código de Processo Civil¹⁷.

Tanto no NCPC quanto na Lei 13.140/2015 são elencados princípios norteadores da mediação. A Lei 13.140/2015 elenca como princípios a imparcialidade do mediador; a isonomia entre as partes; a oralidade; a informalidade; a autonomia da vontade das partes; a busca do consenso; a confidencialidade e a boa-fé.

Percebe-se, assim, que a lei acaba alargando o rol previsto no código processual, uma vez que elenca os princípios da isonomia entre as partes, a busca do consenso e a boa-fé, os quais não estão previstos no NCPC, mas não menciona os da independência e da decisão informada. Conforme destacam Pellegrini e Simioni (2015), sendo matéria principiológica:

[...] tem-se que o rol disposto, tanto na lei quanto no Código não deve ser visto como taxativo. Por conseguinte, os princípios devem se complementar, sobretudo considerando o objetivo almejado com as positivamente e o bom-senso. (PELLEGRINI; SIMIONI, 2015, p. 133)

Nesse sentido, concorda-se com Saad (2016) quando, ao analisar as vinte e cinco normas reguladoras da mediação na Argentina, classifica como núcleo dos princípios que envolvem a mediação: a confidencialidade e a neutralidade. Conclui a autora que nas normas reguladoras argentinas existem os princípios de maior intensidade e menor intensidade: “[...] calificándolas de “mayor” o “menor” intensidad en cuanto se encuentran más o menos cerca de los que fueron considerados núcleos” (SAAD, 2016, p. 1922).

Segundo Saad (2016, p. 1931), entre os princípios de maior intensidade estão: a voluntariedade, a celeridade, o consentimento informado, a comunicação direta entre as partes, a composição satisfatória de interesses, a igualdade, o protagonismo e autodeterminação das partes, a oralidade e a economia. Já entre os princípios de menor intensidade destaca: a gratuidade, o não envolvimento de ordem pública, a informalidade, a abordagem multidisciplinar no tratamento da questão (interdisciplinar e o trabalho em redes) e a consideração especial dos interesses das crianças, dependentes, deficientes e idosos.

Apesar disso, destaca ser inconcebível a ausência do princípio da autocomposição nas leis argentinas. Em que pese à omissão legal, considera a

¹⁷ Por isso, estabeleceu a criação do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, facultando as partes escolherem mediadores com base no histórico de casos do mediador e no seu patamar de remuneração. Também cria o Sistema de Mediação Digital para Resolução pré-processual de conflitos.

autocomposição o princípio que rege a mediação, pois entende que esta precisa abandonar a categoria de “característica” para assumir seu caráter axiológico e de “meta-ponto de vista”. Nesse sentido Saad (2016) adverte:

[...] no es una simple característica del proceso, es un verdadero principio que guía las acciones de las partes, de los mediadores y, también, de la ley misma. No puede concebirse una ley que en sus enunciados no tenga como “meta-punto de vista”, la autocomposición y no puede concebirse al método aplicado sin que éste importante principio ilumine las acciones y estrategias planteadas para el desarrollo del proceso. (SAAD, 2016, p. 1930).

Concorda-se com isso, pois, assim como a dignidade da pessoa humana possui um caráter de macroprincípio para qualquer relação jurídica e é esteio de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, no âmbito das ADRs ou RADs a autocomposição é verdadeiro norteador e alicerce das metodologias de resolução consensual de conflitos. Maior prova disso é que o NCPC, no §3º do artigo 3º, instituiu um “princípio de estímulo da solução por autocomposição”¹⁸, de maneira que prevê que o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos sempre que possível.

Ademais, também estabeleceu que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados, tanto por juízes, como por advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Não fosse isso, é possível ainda em se falar que a mediação é gerida por um princípio de não violência, pois se trata de um método de ação não violenta capaz de converter relações conflituosas em relações de reconhecimento, pautadas na ética da alteridade (GORETTI, 2016, p. 127).

“Não violência” não significa condenar a violência ou combatê-la ou a inação violenta, mas sim saber manejá-la de forma criativa, com vistas a alcançar a pacificação. Ocorre que, para pacificar o conflito, realmente, é preciso transformar (os envolvidos) primeiro. Daí a mediação emergir como via adequada e não violenta:

Indivíduos em conflito somente alcançarão a plenitude do estado de paz se (e quando) forem capazes de converter: a adversariedade em cooperação; desigualdades em reconhecimento das diferenças; atos de violência em manifestações de alteridade; imputação de culpabilidade em implicação (o sentimento de responsabilidade pela situação da qual se queixa). (GORETTI, 2016, p. 147).

Portanto, o intuito é o de, realmente, promover uma cultura consensual de resolução de conflitos entre as pessoas envolvidas em litígios, e conseqüentemente, de

¹⁸ Não fosse isso, o artigo 139, V, do NCPC dispõe que incumbe ao magistrado promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio dos conciliadores e mediadores judiciais.

pacificação social e de fomento ao diálogo. Com essa finalidade, percebe-se que muitas foram às vantagens¹⁹ advindas dos marcos regulatórios acima expostos.

Entretanto, o principal ganho dessa evolução legislativa foi o deixar de ver a mediação como método alternativo, reconhecendo-a como forma de tratamento adequado dos conflitos. Segundo o CNJ (2016a, p. 13): “[...] são apostas institucionais não apenas antigas, mas também da mais alta prioridade, dadas as taxas de judicialização do nosso país não apenas serem das mais altas internacionalmente, como estarem crescendo contínua e incessantemente”.

Ademais, compreende-se que o cenário legislativo e processual hoje vivenciado foi criado especialmente com o intuito de aplacar a hipertrofia em que o Judiciário se encontra. No entanto, o fomento dos métodos autocompositivos por parte do Poder Judiciário não pode ser imputado tão-somente à crise jurisdicional supramencionada:

A implantação de políticas dessa natureza é medida que também se justifica na necessidade de superação de uma carência ainda pouco combatida no Brasil: a escassez de métodos plurais ou diversificados dos quais possam se valer juízes e tribunais, com o propósito de prevenir e solucionar os conflitos judicializados, de forma adequada, respeitadas as particularidades do caso concreto (GORETTI, 2016, p. 28).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a inserção da mediação no processo judicial cível surgiu “por fins tortos”, na medida em que está carregada de uma visão simplista e reducionista de que a mediação veio com o objetivo de “apenas” desafogar o judiciário, quando, em realidade, o desafogamento é uma consequência advinda da adequação na condução do conflito para uma solução mais apropriada. Entretanto, o objetivo da mediação vai muito além da mera formalização de um acordo.

Como mencionado, busca uma ruptura paradigmática – de uma cultura do litígio para uma cultura do consenso. Como bem destacam:

As dinâmicas de natureza colaborativa tendem a desarmar as pessoas e mobilizá-las na investigação realista e na consideração empática dos interesses, necessidades e possibilidades envolvidos em cada contexto fático, provocando o esmaecimento da postura reativa original e o fortalecimento dos vínculos sociais, profissionais ou comerciais subsequentes. A transição entre a resistência e a receptividade enseja a fluidez na concretização dos acordos, reduzindo significativamente o índice de descumprimento. (OLIVEIRA; PONTES; PELAJO, 2016, p. 293).

¹⁹ A legalidade, a segurança jurídica, a autonomia e a informalidade são algumas das vantagens desses marcos regulatórios. Com o *status* de legalidade que não havia antes, essas regulamentações conferem maior segurança jurídica aos acordos realizados na mediação.

Assim sendo, em que pese se verificar que o motivo que ensejou o *status quo* atual não seja o mais adequado e pertinente, verifica-se que se tratou de um começo²⁰. Valoriza e evidencia métodos plurais, almejando encontrar uma forma de obtenção de respostas mais democráticas, céleres e consensuais. Nessa acepção é que se passa a tratar acerca da mediação, enquanto empreendimento que visa autonomizar os cidadãos, por meio de uma menor intervenção estatal na vida privada, principalmente ao tratarmos dos partícipes das relações jurídicas de ordem familiar.

1.3.1 Princípio da intervenção mínima do Estado no âmbito familiar

Os conflitos familiares judicializados compõem o cenário de hipertrofia do Poder Judiciário, na medida em que as famílias também são afetadas pela violência, pelo individualismo e pela liquidez da sociedade moderna. Nessa perspectiva, Nunes et.al. (2016) destacam as interferências do individualismo na família:

A busca individualista pelo sucesso pessoal e de uma pseudo felicidade impede que a estrutura psíquica familiar cumpra o seu papel de célula *mater* da sociedade, passando a ser somente mais uma decorrência e, seus membros, escravos dos modelos econômicos e de uma racionalidade estratégica voraz. (NUNES, et. al, 2016, p. 686).

Consequentemente, nesse contexto, acredita-se que a interferência judicial é fator de alienação da família e fomento da *crise das relações intersubjetivas*, na medida em que retira dos entes daquela relação familiar a capacidade de dirimir seus impasses e retroalimenta fatores relacionados a essa crise, como: a fragilização ou volatilidade das relações; a falta de compromisso com vínculos duradouros; a ausência de diálogo; a perda de autonomia (individual e social) e a banalização das práticas de violência (GORETTI, 2017, p. 30). Foley (2011, p. 246) explica que: “[...] na medida em que se transfere ao Estado toda a responsabilidade pela solução dos conflitos, a comunidade não se fortalece nem se torna capaz de criar suas próprias soluções, o que constitui fator de alienação”.

No entanto, é esta a realidade que se observa em tempos líquidos (BAUMAN, 2000). É cada vez mais comum que o Estado seja chamado a intervir no âmbito familiar, mesmo sabendo-se que: “O julgamento jurídico tradicional não se ocupa do

²⁰ Tanto que, em 2014, sob a influência da Resolução n. 125 do CNJ e dos PLs que originaram o NCPC e a Lei 13.140/2015, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº. 118/14, que dispõe sobre a Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público.

outro em sua “outridade”, não se importa com as diferenças em conflito e tampouco valoriza a dimensão identitária que velada ou escancaradamente constituem os sujeitos do processo” (LUCAS, 2011b, p. 153). A família deveria, portanto:

[...] possibilitar a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e argumentos, assegurando um caráter discursivo em todas as conversas, eis que é inicialmente na família que devemos nos formar como sujeitos de afeto, de responsabilidade, de felicidade e de direito, e se ela não se adequa a estes fins, perde sua principal importância no contexto social, transformando-se em mais um local de desarranjo social. (NUNES et.al., 2016, p.688).

O princípio da intervenção mínima do Estado no âmbito familiar, com base no que preceitua o artigo 1.513 do Código Civil, *in verbis*: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, remonta ao princípio do Direito Penal Mínimo, segundo o qual o Estado deve tutelar bens valiosos à sociedade e como *ultima ratio* (última alternativa, em situações extremas) intervir. Por força do reconhecimento desse princípio na seara familiarista tem-se que o exercício da autonomia privada dos componentes de uma família deve ser resguardado.

Alves (2010) destaca que somente dessa forma será possível efetivamente lhes garantir o implemento dos direitos fundamentais dos membros do sistema familiar:

Em verdade, o Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros – como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc. -, e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada dos mesmos, o desenvolvimento de sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo afetivo. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família (ALVES, 2010, p. 145).

Destarte, a intervenção estatal em conflitos familiares somente se justifica como exceção e não como regra. Ademais, ao desconsiderar esse preceito, a sociedade subverte uma lógica característica da jurisdição: o seu caráter secundário (GORETTI, 2016, p. 54). Ao Poder Judiciário é dado atuar apenas em determinados casos concretos, tutelando direitos fundamentais dos partícipes da família e desde que previsto em lei.

Nesse interim é que emerge a discussão acerca da maneira como os conflitos familiares estão sendo conduzidos. De acordo com Dias (2016), a mediação é a que melhor contempla as especificidades das dinâmicas familiares:

Certamente não há outro campo em que as técnicas alternativas para levar as partes a encontrar solução consensual apresente resultado mais efetivo do que no âmbito dos conflitos familiares: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um (DIAS, 2016, p. 69).

Segundo o CNJ (2016b, p. 17/18), o critério de escolha do método de condução de conflitos mais indicado para determinada disputa precisa levar em consideração os seguintes aspectos: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade. Diante disso, o CNJ (2016b, p. 17) e o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) recomendam a técnica da mediação para conflitos de duração continuada²¹, como, por exemplo, relações familiares, de vizinhança, algumas relações comerciais reiteradas, entre outras.

O conceito de relações continuadas é destacado por Goretti (2016):

Entendemos que as relações continuadas, diferentemente das chamadas relações circunstanciais, são caracterizadas pela conjugação de dois fatores básicos de identificação, que merecem ser considerados para efeito de condução e resolução de conflito que nelas possam surgir. São eles: *i*) a existência de um histórico de vinculação pretérita entre as partes, anterior à manifestação do conflito; e *ii*) a perspectiva de manutenção do vínculo para o futuro, após a superação do conflito (GORETTI, 2016, p. 41).

Nesses casos, recomenda-se uma metodologia que assegure grandes índices de manutenção de relacionamentos, além da pacificação do conflito propriamente dito, bem como outros quatro objetivos:

[...] *i*) a exploração aprofundada dos interesses em jogo, para efeito de identificação da viabilidade da continuidade da relação; *ii*) o fortalecimento do diálogo entre as partes, para que tenham condições de solucionar o conflito do presente; *iii*) o restabelecimento e o fortalecimento do relacionamento entre as partes; e *iv*) o empoderamento das partes, para que possam preservar as condições mínimas necessárias para perpetuação da convivência no futuro, com autonomia, independência e responsabilidade pelo Outro com o qual se relaciona. (GORETTI, 2016, p. 43).

A mediação é amplamente indicada aos conflitos de ordem familiar, principalmente porque, ao contrário de outras relações jurídicas, as relações familiares são peculiares “porque por sua natureza os conflitos de família, antes de serem jurídicos, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, envolvendo sofrimento” (LÔBO, 2011, p. 50). Os conflitos familiares, em sua maioria, são de trato

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processos. Mediação. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/mediacao.html>> Acesso em 15/05/2017.

continuado, de modo que é relevante que seus membros consigam gerir seus desajustes. Caso contrário, qualquer impasse será alvo de disputa e, necessariamente, precisará ser tratado por um terceiro imparcial.

1.3.2 A Mediação familiar

A mediação familiar surge nesse interim, com rito mais apurado e pormenorizado, se comparado com o da mediação cível, e preocupada com a reorganização, o reequilíbrio e o fortalecimento das relações familiares. Por exemplo, na mediação cível, realizada pelo TJ/RS a previsão é de que o conflito pode ser solucionado em um encontro, podendo ser sujeito a reagendamento ou não (a depender da complexidade do caso), havendo a ferramenta das sessões individuais ou *caucus* para explorar.

Ao passo que, na mediação familiar, também realizada pelo TJ/RS, as sessões individuais são fase obrigatória do procedimento, motivo pelo qual seu método é mais elaborado, posto que são realizados, no mínimo, três encontros. O primeiro encontro é uma sessão conjunta – com ambos os mediandos – para explicar o procedimento e colher as informações iniciais sobre o conflito em questão. No segundo ocorrem às sessões individuais ou *caucus*, a fim de trabalhar as habilidades de comunicação e emocionais. Para só então haver uma sessão conjunta ou mais, conforme o caso.

Na metodologia das sessões de mediação realizadas pelo Poder Judiciário nacional, trabalha-se em comediação, ou seja, com a participação paritária de dois mediadores durante a sessão de mediação e não apenas um. Ademais, também participam das sessões de mediação: as partes (denominadas mediandos), advogados e os observadores, que se dedicam a observar o trabalho realizado pelos mediadores que conduzem a sessão de mediação, a fim de supervisioná-los. De modo que todos que participam de uma sessão de mediação possuem papéis e espaços definidos e, igualmente, importantes. Assim, em hipótese alguma, se confundem ou se sobrepõem.

Inicialmente, a mediação de conflitos familiares conduzia exclusivamente disputas de divórcio e separação. Hoje, dado o seu potencial, é aplicada também em ações de guarda, alimentos, visitas, disputas hereditárias, em casos de tutela e curatela, etc. Pode abranger todas as questões de interesse dos envolvidos, ao contrário

do modelo adversarial jurisdicional, no qual seriam necessários diversos processos para tanto e todos estariam limitados aos pedidos realizados na inicial.

Além disso, pode ser aplicada aos mais diferentes membros, fases e estágios de uma família. Por isso, são mediáveis os conflitos entre os mais diversos atores do círculo familiar, como os cônjuges, pais e avós, pais e filhos, irmãos (ALMEIDA; PANTOJA, 2016, p. 115), com exceção de alguns casos que não podem ser encaminhados a mediação (imediabilidade). Ademais, em todas as hipóteses que o Ministério Público figuraria como “fiscal da lei”, a homologação de acordo fica sujeita à prévia manifestação do representante do *Parquet*.

Não podem ser objeto de mediação os interesses e direitos indisponíveis não sujeitos a transação. Também são exemplos de imediabilidade situações: de dependência química, de desequilíbrio insanável de poder, de abuso de pessoas na menoridade, de doença mental (passível de interdição), de violência doméstica/gênero e de alienação parental grave. No que tange aos casos que envolvem violência doméstica:

Vale ressaltar que, para a maior parte da literatura especializada, casos que envolvem violência conjugal não são mediáveis; para outros autores, no entanto, o impedimento restringe-se às hipóteses em que temor da vítima possa inviabilizar a exposição de suas opiniões e a proteção de seus próprios interesses. (ALMEIDA E PANTOJA, 2016, p. 116).

Assim, participa da mediação todo o sistema familiar dos envolvidos na mediação, ou seja, inclui-se no procedimento toda a rede de pertinência dos mediandos, pois um dos fundamentos da mediação familiar - aplicada pelo Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - é o da família enquanto sistema. O conceito de família utilizado nos cursos de formação aplicados pelo CNJ e TJ/RS refere que: “A família pode ser definida como um sistema formado por um grupo de pessoas ligadas por afinidade, coresidência ou consanguinidade, que integram uma estrutura de afetividade, responsabilização e crescimento” (CNJ, 2017, p. 10).

Trata-se de um conceito, notadamente aberto²², que se coaduna perfeitamente com o conceito de família atual, que a concebe como:

[...] a união de pessoas que compartilham um projeto de existência comum e com ânimo duradouro, cujos sentimentos de pertinência ao grupo conduzem

²² Vislumbra-se que o conceito de família, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que suprimiu a cláusula de exclusão que apenas admitia a família constituída pelo casamento, é aberto, não estando limitado a vínculos biológicos ou matrimoniais, mas direcionado a abranger a realidade e a afetividade.

ao comprometimento pessoal entre os seus membros e cujas relações se dão de forma íntima, recíproca e dependente (SILVEIRA, 2005, p. 179).

A família atual além de plural, democrática e humanizada, também é funcionalizada ao atendimento e à promoção da dignidade das pessoas dos seus integrantes (GAMA, 2008, p. 20). Diz-se funcionalizada porque a família deve cumprir sua função social, afetiva e existencial de dignidade de seus integrantes enquanto pessoas.

Logo, a adoção da teoria sistêmica da família, pautada na teoria geral dos sistemas (de Von Bertalanffy) e na teoria cibernética (de Norbert Wiener), basicamente prevê que as famílias se constituem e se organizam como um sistema, em sua totalidade, interagindo numa rede dinâmica de interdependências e influências mútuas. Apesar disso, as famílias se organizam em subsistemas: o parental, o conjugal, o fraterno e etc.

Para a visão sistêmica, a vida é um todo integrado – pessoas, animais, plantas, natureza -, produto da dinâmica transnacional entre os diferentes componentes (BIANCHI; FÜRST; NAVARRO, 2016, p. 167). Portanto, o paradigma sistêmico representa uma ruptura com o pensamento tradicional cartesiano:

Até a primeira metade do século passado, estivemos imersos no paradigma cartesiano, de natureza mecanicista e pautado na linearidade da relação direta entre causa e efeito. Como paradigma científico – aquele que valida conhecimentos -, a linearidade fez o papel de organizar a sociedade em torno aos seus princípios. Segmentamos o conhecimento em disciplinas, nos subespecializamos e, regidos pela equação causa e efeito, passamos a analisar e a lidar com os eventos, estreitamente regidos por conhecimentos específicos. (ALMEIDA, 2014, p. 137).

Nesse sentido, percebe-se que as mudanças paradigmáticas representam o consenso da insuficiência do modelo vigente. Há ineficácia do domínio explicativo cartesiano, suas crenças e construções sociais justamente pela impossibilidade de apreensão da verdade, da realidade e da objetividade (ALMEIDA, 2014, p. 136). Assim, emerge a concepção sistêmica que: “[...] articula o conhecimento existente com uma visão do mundo como uma teia dinâmica e altamente integrada, onde as relações são marcadas pela complexidade, instabilidade e intersubjetividade” (BIANCHI; FÜRST; NAVARRO, 2016, p. 169).

Por conseguinte, imputa-se ao paradigma sistêmico a identificação e valorização de ideias como as da interdependência, interdisciplinariedade, complexidade e crença na causalidade multifatorial (ALMEIDA, 2014, p. 138). Nessa perspectiva, a concepção de

um Direito Sistêmico compreende que o Direito somente cumpre com sua função social quando efetivamente pacifica e reequilibra os desequilíbrios (sistemas) que lhe são provocados a atuar. Nas palavras de Bianchi, Fürst e Navarro (2016):

A instabilidade vem da noção de processo em curso, da constatação de que os sistemas estão em constante interação com o meio, se auto-organizando em coevolução – são imprevisíveis, incontroláveis, mudando constantemente, sempre se adaptando, como forma de continuar a existir. Por isso, o pensamento sistêmico passa a utilizar o verbo “estar”, ao invés do “ser”: o sistema nunca é, o sistema está. (BIANCHI; FÜRST; NAVARRO, 2016, p. 169).

Destarte, a mediação, como método sistematizado de condução dos conflitos, vai ao encontro desse novo paradigma sistêmico, no sentido de articular essa concepção de mundo com o Direito, no que tange à gestão de conflitos. Igualmente, atua como ferramenta para possibilitar melhorias em um sistema “doente” como um todo. Uma família saudável não se define pela ausência de estresse, conflito e problemas, mas pela sua capacidade de lidar com eles de forma a preservar o bem-estar de seus membros (CNJ, 2017, p. 15).

Almeja, assim, a modificação da relação entre os envolvidos, não se cingindo a realização de um acordo, mas sim a transformação relacional por meio do empoderamento (valorização e consciência sobre o seu valor e capacidade de gerência sobre sua vida e dificuldades) e reconhecimento (enxergar o outro). De modo a gerar a autoimplicação e colaboração na busca por soluções de benefício mútuo.

Desse modo, esquadrihado o estado d’arte acerca da temática da mediação percebe-se que o momento processualístico e legislativo provocou alguns deslocamentos e descentramentos. Esse estudo pretende abarcar-los sob o viés de um campo profissional e em uma área do conhecimento em específico, a advocacia, motivo pelo qual ouvir essas pessoas e entender o “fenômeno” foi medida imperativa para viabilizar o melhor entendimento acerca da problematização proposta.

2. O PERCURSO METODOLÓGICO

Além do recurso bibliográfico, este estudo adotou o percurso metodológico empírico, com método de abordagem indutivo e o procedimento monográfico em razão dos objetivos propostos na pesquisa. Ou seja, optou-se em dar enfoque ao contexto fático, pautando suas “conclusões em observação ou experimentação – e inferência– usando fatos conhecidos para aprender sobre fatos que desconhecemos” (EPSTEIN, p. 11, 2013).

Concorda-se com Flick (2009, p. 21) quando o mesmo afirma que em vez de partir de teorias e testá-las, atualmente, é preciso “conceitos sensibilizantes” para abordar os contextos sociais que serão estudados. Isto é, métodos que estimulem a compreensão das relações, das perspectivas e pontos de vista dos envolvidos no estudo, em vez de aplicar técnicas que objetivam exatidões quantitativas ou respostas fechadas. Principalmente em tempos em que as mudanças sociais da vida estão tão aceleradas.

Por essas razões, não seria adequado aos pesquisadores permanecerem aplicando as metodologias dedutivas tradicionais. Portanto, é necessário que enfrentem esses novos contextos e perspectivas sociais por meio da utilização, cada vez mais corriqueira, de estratégias indutivas, de estudos empíricos (FLICK, 2009, p. 21).

Assim, observa-se que somente ler livros e manuais de Direito, consoante à lógica dedutivista tradicional das pesquisas e do ensino jurídico, não seria suficiente para construir uma percepção adequada do cenário discutido. Sobretudo porque não se quer incorrer ao que se tanto critica na academia – produzir um estudo de mera reprodução do que já vem sendo debatido, o velho e bom “mais do mesmo”, mas sim extrair o conhecimento a partir de evidências concretas, a partir das pessoas, aprendendo com as mesmas.

Nesse sentido, Fonseca (1999) destaca que essa aproximação com o contexto fático, permite até mesmo:

[...] questionar a aplicabilidade de teorias livrescas, para sublinhar o fato de que a realidade não se encaixa facilmente nos tipos ideais propostos nos manuais escolares. Através de sua prática profissional, os agentes sociais aprendem a desconfiar de fórmulas pré-fabricadas. (FONSECA, 1999, p. 58).

Não fosse isso, também se levou em consideração o fato de que estamos diante de um tema que ganhou notoriedade relativamente há pouco tempo no Brasil, mais precisamente no ano de 2016, com a entrada em vigor do NCPC, apesar de a temática já

ter toda uma trajetória de anos de amadurecimento no país – vide os Projetos Lei 4.837/1988 e 4.827/1998, e a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2010. Com isso, provocaram-se alguns deslocamentos e descentramentos em um campo profissional e em uma área do conhecimento em específico, motivo pelo qual ouvir essas pessoas e entender o “fenômeno” foi medida imperativa para viabilizar o melhor entendimento acerca da problematização proposta.

Logo, no presente estudo realizou-se um trabalho de campo, com aproximação etnográfica, por meio de observação participante e entrevistas, uma vez que essa modalidade de pesquisa possibilita dar visibilidade a essa estreita conexão entre a teoria (valores e ideologia) e as práticas de justiça (SIMIONI, 2015, p. 53). Outra característica marcante do trabalho de campo é que ele possibilita compreender que a separação entre os aspectos lógicos e os aspectos práticos do direito, retira qualquer possibilidade de que haja uma penetração na sensibilidade jurídica ou numa sensibilidade etnográfica do direito, cingindo-se a um conjunto limitado de debates estáticos (GEERTZ, 2007, p. 251).

Quando Geertz (2007, p. 274) aborda a sensibilidade jurídica, traça três variedades bastante distintas dessa - a islâmica, com a ideia de *haqq*, a hindu com a noção de *dharma*, e a malaia com a perspectiva da *adat* -. para estabelecer a conexão entre essas sensibilidades e as visões, nelas incorporadas, sobre o que é, de fato, a realidade. Esse autor deixa bem claro que o conceito de sensibilidade jurídica não é fechado, totalizante, mas um grande referencial de justiça que pode assumir a forma de uma mentalidade geral.

Assim, com a presente dissertação objetiva-se penetrar na sensibilidade jurídica desse grupo em específico de sujeitos que está sendo afetado por uma realidade processualística e legislativa recente. Nesse sentido é que se tornou necessária realizar uma pesquisa de aproximação etnográfica, pois contribui justamente na imersão dos próprios locais de fala dos grupos objetos de estudo, a fim de auxiliar numa melhor compreensão dos símbolos e percepções que estruturam essa realidade.

Segundo Silveira e Córdova (2009), a pesquisa etnográfica pode precisamente ser entendida como o estudo de um grupo ou povo. De modo que as características específicas da pesquisa etnográfica são:

- o uso da observação participante, da entrevista intensiva e da análise de documentos;
- a interação entre pesquisador e objeto pesquisado;
- a flexibilidade para modificar os rumos da pesquisa;
- a ênfase no processo, e não nos resultados finais;
- a visão dos sujeitos pesquisados sobre suas

experiências; □ a não intervenção do pesquisador sobre o ambiente pesquisado; □ a variação do período, que pode ser de semanas, de meses e até de anos; □ a coleta dos dados descritivos, transcritos literalmente para a utilização no relatório. (SILVEIRA; CÓRDOVA, 2009, p. 41).

Logo, a empiria, fundamento da pesquisa etnográfica, vai ao encontro de um dos fundamentos da mediação: o consenso, possibilitando dar voz aos sujeitos envolvidos. O consenso na mediação tem semelhança com o consenso na pesquisa empírica, pois ambas as metodologias se constituem, validam e estruturam sob a perspectiva da conformidade e do despertar de realidades desconhecidas ou ignoradas no senso comum. E mais que isso, mediação e empiria (etnografia) se aproximam ainda em seus objetivos, eis que visam reavaliar a teoria, provocar dúvidas e possibilidades interpretativas.

De acordo com Peirano (2014, p. 386), boas etnografias cumprem, pelo menos, três condições: i) consideram a comunicação no contexto da situação; ii) transformam para a linguagem escrita o que foi vivo e intenso na pesquisa de campo, transformando experiência em texto; e iii) detectam a eficácia social das ações de forma analítica. E boas mediações também desempenham esses requisitos, pois valorizam a comunicação, validando o contexto dos envolvidos e transformando em linguagem o que lhes foi trazido como questões conflitivas, de maneira a detectar ações para resolução dos conflitos.

No entanto, ressalta-se que não houve a pretensão de fazer etnografia, em que pese ter sido essa a fonte inspiradora da pesquisa e balizadora de determinadas técnicas aplicadas. Primeiro, em razão de não se ter treinamento específico para isso, e depois porque não se seguiu pormenorizadamente os preceitos da antropologia social.

O que se pretendeu foi a partir da coleta de dados - observação direta, análise documental, jurisprudencial e, especialmente, pela realização de entrevistas - aproximar o direito da antropologia, no sentido de propiciar a ponderação e avaliação sobre a percepção do advogado familiarista acerca da mediação. Objetivando-se revelar e refletir o que veio à tona na pesquisa de campo, de modo a propiciar um movimento de olhar para dentro, desacomodar-se e refletir sobre o papel do advogado nesse momento processualístico e legislativo.

Segundo Almeida (2014, p. 149) refletir significa ter um diálogo interior e conversar consigo mesmo e com o que está internalizado através do que vivemos e/ou conversamos, lemos, ouvimos e/ou admiramos. No caso desse estudo, a reflexão precisou partir diretamente desse grupo de sujeitos especialmente envolvido na

mediação, tendo em vista que a doutrina majoritária sobre o tema no país cinge-se a explicar o que é a mediação, seu procedimento, princípios, bem como a ressaltar a crise estatal e jurisdicional vivida, mas não reflete sobre o papel do advogado nesse interim – vide Cury (2016, p. 490), Maia, Bianchi e Garce (2016, p. 47) e Nalini (2016, p. 27).

Por conseguinte, optou-se por esses métodos porquanto não se limitam a amostras estatísticas, tampouco a meras generalizações, mas a observações baseadas na experiência, com ênfase na relação entre os dados e sua análise, sopesando e descrevendo o fenômeno de maneira a explicitar a sua forma complexa e real. A propósito, Kant de Lima e Baptista (2016, p. 03) explicam que a realidade, para a pesquisa empírica, pressupõe, justamente, o direcionamento do olhar para o contexto fático. De modo que a pesquisa empírica não deixa de ser um instrumento que mensura a realidade.

Portanto, a ideia foi a de apreender com a realidade, focando nas percepções dessa classe profissional ante ao panorama atual, justamente porque a pesquisa empírica, com aproximação etnográfica, segundo Flick (2009, p. 114), mostra ao pesquisador as rotinas que são tão familiares aos membros que há muito tempo se tornaram indiscutidas e pressupostas. De modo que os indivíduos não refletem mais a respeito dessas rotinas, pois, em geral, elas já não são acessíveis a eles.

Por isso, é importante que se valha de alguns aportes etnográficos para refletir sobre o direito, mas não como algo estático e diametralmente oposto. Pelo contrário, buscando encontrar os pontos de intersecção entre essas áreas, pois, para que a consciência de reflexão sobre as rotinas se desenvolva, como bem afirma Geertz (2007, p. 253), é necessário que se adote uma abordagem mais aproximativa que a atual. E não numa mera tentativa: “[...] de unir o direito, *simpliciter*, à antropologia, *sans phrase*, mas sim uma busca de temas específicos de análise que, mesmo apresentando-se em formatos diferentes, e sendo tratados de maneiras distintas, encontram-se no caminho das duas disciplinas”.

Nessa perspectiva, o autor (2007) ainda explica:

Parece-me também que isso exige um método menos internalista, que não seja algo como "nós lhe atacamos, vocês nos atacam, e que os ganhos fiquem onde caírem"; não um esforço para impregnar costumes sociais com significados jurídicos, nem para corrigir raciocínios jurídicos através de descobertas antropológicas, e sim um ir e vir hermenêutico entre os dois campos, olhando primeiramente em uma direção, depois na outra, a fim de formular as questões morais, políticas e intelectuais que são importantes para ambos. (GEERTZ, 2007, p. 253).

Daí a escolha da aproximação etnográfica e antropológica, pois a primeira possibilita a imersão no contexto fático e a segunda o estranhamento do mundo e a relativização de verdades estabelecidas. Segundo Simioni (2015, p. 53), a contribuição oferecida pela antropologia fornece as bases metodológicas para que se possa trabalhar o direito a partir da sua perspectiva empírica.

Nesse sentido, tem-se que etnografia:

[...] é a descrição de um sistema de significados culturais de um determinado grupo, objetivando entender um outro modo de vida, mas do ponto de vista do informante. O trabalho de campo, então, inclui o estudo disciplinado do que o mundo é, como as pessoas têm aprendido a ver, ouvir, falar, pensar e agir de formas diferentes. Mais do que um estudo sobre as pessoas, etnografia significa “aprendendo com as pessoas”. (LIMA, 1996, p. 24).

Logo, por entender que o método etnográfico corresponde: “[...] ao encontro tenso entre o individualismo metodológico (que tende para a sacralização do indivíduo) e a perspectiva sociológica (que tende para a reificação do social)” (FONSECA, 1999, p. 60), tornou-se necessária adotar algumas etapas procedimentais. Nesse sentido, Fonseca (1999, p. 65) assevera que esses procedimentos são necessários para apreender e compreender a realidade diante de nós, mas principalmente para evitar soluções pré-fabricadas e a simples intuição.

Assim, enquanto método da pesquisa foi preciso não só situar os sujeitos entrevistados em um contexto histórico e enquadramento social, como também adaptar algumas etapas do método etnográfico como norte desse estudo. Principiando-se pelo estranhamento, o qual, nas palavras de Kant de Lima e Baptista (2016):

Trata-se, na verdade, de uma forma peculiar de ver o mundo e as suas representações, partindo sempre, necessariamente, de um surpreender-se com tudo aquilo que, aos olhos dos outros, parece natural. Relativizar categorias e conceitos e desconstruir verdades consagradas é, pois, um importante exercício antropológico e pode ser, igualmente, um importante exercício jurídico, de grande valia para promover as consequentes transformações pelas quais o Judiciário vem lutando e necessita concretizar, caracterizando-se também como um esforço importante para se tentar romper com as formas tradicionais de produção, legitimação e consagração do saber jurídico. (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2016, p. 03).

Destarte, depois do estranhamento se partiu para a organização da pesquisa de campo em si. Em função disso foi preciso se valer das etapas da esquematização (dos dados empíricos), a desconstrução (dos estereótipos preconcebidos), e a sistematização (do material em modelos alternativos) (FONSECA, 1999, p. 70).

2.1 Etapas da pesquisa empírica: entrando em campo

O ponto de partida da pesquisa foi organizar um diário de campo, ferramenta muito utilizada em pesquisas empíricas, para não só colher dados pertinentes ao estudo e extrair com riqueza de detalhes a maior quantidade de informações, mas também para apontar experiências e observações constatadas ao longo do processo de investigação. Para só, então, começar a traçar os primeiros contatos para a pesquisa de campo.

Iniciou-se buscando informações, via e-mail, com o NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos -, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Da mesma forma, realizou-se contato com o CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania -, de Rio Grande -, para colher dados e esclarecimentos, sobretudo no que tange ao trabalho realizado, ao funcionamento desses órgãos e etc.

Na medida em que foram sendo coletadas as informações, surgiu à possibilidade de realizar os cursos de formação de mediador judicial cível e familiar, disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em maio de 2016 e abril de 2017, respectivamente. Por conseguinte, desde maio de 2016, também se investiga e analisa as aproximações e implicações que a prática aportou ao estudo, como mediadora judicial.

Além disso, também se procurou profissionais vinculados ao EMAJ - Escritório Modelo de Assistência Judiciária -, da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), na pessoa da coordenadora do escritório, a Prof^a. Simone de Biazzi Avila Batista da Silveira. De acordo com a professora, o escritório atua assessorando juridicamente um público de menor poder aquisitivo, até três salários mínimos, nas mais diversas áreas do direito.

Dessa forma, a maior demanda do escritório modelo é em causas familiaristas. Contudo, segundo a professora, o EMAJ também realiza algumas mediações extrajudiciais, no âmbito do direito de família, as quais são realizadas pelo Projeto de Mediação da FURG, já que tanto o Escritório Modelo quanto o Projeto de Mediação funcionam no mesmo local.

Paralelamente a isso, também é preciso ressaltar as vivências advindas com a advocacia, pois durante o estudo continuei advogando com direito de família na

comarca de Rio Grande²³. Portanto, a partir dessas primeiras aproximações, iniciou-se o trabalho de campo, propriamente dito, por meio da observação participante - através do trabalho como advogada familiarista, do estágio de docência no EMAJ/FURG e da formação como mediadora judicial - e do contato direto com os agentes jurídicos estudados – por meio das entrevistas.

Nesse sentido, essas opções metodológicas propiciaram analisar o tema sob diversas perspectivas, enriquecendo sobremaneira a investigação, evidenciando as complexidades e singularidades advindas de distintas experiências no campo de pesquisa. Especialmente porque não havia como separar a pesquisadora, da advogada e da mediadora em formação, motivo pelo qual uni-las seria melhor que negá-las. Nem havia essa pretensão, pois se concorda com Nichning (2013, p. 32) quando refere que é impossível pensar em um(a) pesquisador(a) isento(a) ou imparcial em relação a seu objeto de estudo, principalmente nesse caso em que se tratava de uma advogada e mediadora em formação pesquisando seu próprio meio. Há um espelhamento inevitável entre o pesquisador e o objeto de estudo inerente à história individual de cada pesquisador.

Segundo Grossi (1992, p. 16) só se encontra o “outro”, encontrando-se “a si mesmo”, pois as perspectivas individuais e subjetivas invariavelmente permeiam o estudo. São essas perspectivas que tornam a pesquisa única, pois cada pesquisa é diferente se se levar essas subjetividades em consideração a partir do encontro com o “outro”, do encontro dessas perspectivas individuais do pesquisador com o informante objeto de estudo.

De acordo com Grossi (1992, p. 11) é essa “subjetividade que leva a repensar a produção do conhecimento, pois vai mais além do que simplesmente pensar no “ponto de vista do outro””. E foi a partir dessas aproximações, distanciamentos e deslocamentos, parafraseando Nichning (2013, p. 32), que me construí neste processo de mestrado como advogada e mediadora pesquisadora no campo dos estudos em mediação.

²³ Frise-se que sempre houve a preocupação e zelo de não incorrer na vedação do §5º, do artigo 167, do NCPC - advogado mediador. Por isso, essa pesquisadora e outros advogados mediadores obtiveram autorização da juíza titular do CEJUSC, a Dra. Fernanda Duquia Araújo, que também é responsável pela Vara de Família e 4ª Vara Cível Especializada em Família, para realizar os cursos (e estágios) de mediação cível e mediação familiar e continuar advogando na comarca, desde que observando e preservando as regras prescritas nos artigos 5º, 6º e 7º da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação).

2.2 A realização de entrevistas

A pesquisa de campo também compreendeu uma etapa de realização de entrevistas com os advogados atuantes com o direito de família, na comarca de Rio Grande, entre 30/06/2016 a 09/12/2016. As entrevistas foram registradas em diário de campo, gravadas e transcritas. Para depois, categorizá-las, detectando o contexto explícito e implícito, de maneira a interpretar e perceber as falas, principalmente para conseguir transitar entre o “estranhamento” e a “análise interpretativa” (FONSECA, 1999, p. 73).

O procedimento escolhido foi o de realizar cinco entrevistas, em forma de pré-teste, a fim de testar o questionário estruturado elaborado e eventuais dúvidas e dificuldades que pudessem surgir no decorrer das entrevistas, o que de fato ocorreu. Então, foi elaborado um questionário para esse pré-teste, com doze perguntas e se optou por contatar os advogados da comarca, valendo-se da minha posição “privilegiada” de advogada para tanto, no sentido de utilizar o acesso livre que eu tinha no grupo dos advogados para contatar advogados que voluntariamente aceitassem participar do trabalho de campo.

Assim, em 27/06/2016, expus no grupo dos advogados no “Facebook”, “Advogados da Zona Sul do RS”, uma publicação referindo o interesse em realizar entrevistas com advogados que atuavam na área familiarista da comarca, a fim saber quem aceitaria de ser entrevistado.

Ao total, 21 (vinte e um) advogados se ofereceram para participar da pesquisa, sendo 17 (dezesete) mulheres e 04 (quatro) homens. Embora 21 (vinte e uma) pessoas tenham manifestado interesse em participar, apenas 15 (quinze) foram entrevistadas. De maneira que as 06 (seis) pessoas não foram ouvidas pelos seguintes motivos: uma advogada em razão de doença – internação hospitalar -; duas tendo em vista uma relação de proximidade/amizade com a entrevistadora, pois eram colegas de faculdade; e três por não responderem aos contatos para marcar um encontro.

O critério utilizado para definir a ordem de realização das entrevistas foi o da sequência de pessoas que se prontificaram a realizar a pesquisa, bem como a disponibilidade de tempo de cada entrevistado(a). De modo que se começou a contatar os primeiros que se manifestaram e foi-se agendando conforme os que tinham tempo disponível, e assim sucessivamente. Logo, o conjunto dos advogados que participaram da pesquisa não pode ser caracterizado como amostra populacional. Trata-se de uma

amostra não intencionada e aleatória, porque se entrevistou quem respondeu ao convite no grupo do “facebook”.

Todas as entrevistas foram realizadas nos escritórios dos entrevistados, adotando-se como procedimento primeiramente ler e explicar o “Termo de consentimento livre e esclarecido”²⁴. Depois, se perguntava ao entrevistado(a) se autorizava a gravação da entrevista e se colhia a sua assinatura. Após isso, é que se passava efetivamente a entrevista em si.

Assim, o pré-teste foi realizado, com 04 (quatro) mulheres e 01 (um) homem, no período de 30/06/2016 a 14/07/2016, isto é, três meses após a vigência do NCPC – Novo Código de Processo Civil. A partir do pré-teste, perceberam-se algumas falhas no que tange à inércia da entrevistadora, pois em dados momentos poderia se indagar mais os entrevistados quando suas explicações não fossem tão explícitas ou deixassem de ser desenvolvidas por completo.

Nesse ponto, após o pré-teste, optou-se por adotar uma perspectiva *insider* enquanto pesquisadora, no sentido de adotar maior proximidade em relação às pessoas entrevistadas e ser mais questionadora, para “compreender o ponto de vista do indivíduo ou os princípios organizacionais dos grupos sociais a partir da perspectiva de um membro” (FLICK, 2009, p. 114). Isso foi rapidamente alcançado pela posição “privilegiada” da pesquisadora de já advogar com causas familiaristas, então assim que se iniciava o diálogo, em seguida, já se conseguia estabelecer um vínculo com os entrevistados, de maneira a perceber o que estava implícito nas falas, mas que precisava ser melhor desenvolvido.

No mesmo sentido, Lima (1996, p. 24) sugere que o êxito deste tipo de investigação depende em grande parte da sensibilidade do pesquisador diante das situações com as quais se depara e da interação que estabelece com a população em estudo. Contudo, sempre zelando para não ocorrer o enviesamento das respostas.

Além disso, também se verificou que havia pontos temáticos que deveriam ser melhor explorados em eventuais questionamentos. De modo que foram acrescentadas sete perguntas, desmembradas outras duas, bem como retirada uma do questionário de entrevista. Após as reformulações do questionário, o instrumento final elaborado para as entrevistas continha dezenove perguntas²⁵.

²⁴ O modelo aplicado no termo de consentimento livre e esclarecido está no anexo 1 dessa dissertação.

²⁵ Vide o roteiro das entrevistas com os agentes jurídicos no anexo 3.

O instrumento das entrevistas foi estruturado em duas partes: na primeira, se buscou informações sobre aspectos pessoais e de formação profissional; na segunda, aspectos relacionados ao uso da mediação em conflitos familiares judicializados. De maneira que, pelo período de 24/11/2016 a 09/12/2016, ou seja, oito meses após a vigência do NCPC, foram realizadas dez entrevistas com os advogados familiaristas da comarca de Rio Grande.

2.2.1 Perfil dos entrevistados

Nas entrevistas foram ouvidas 09 (nove) mulheres e 01 (um) homem. A faixa etária dos entrevistados foi bem diversificada, variando entre 27 (vinte e sete) anos a 55 (cinquenta e cinco) anos de idade. A maioria dos entrevistados tem filhos (seis tem filhos), sendo que 04 (quatro) entrevistados são solteiros, 02 (dois) vivem em união estável, 02 (dois) são casados e 02 (dois) divorciados.

Com relação ao exercício profissional, os entrevistados têm de 04 (quatro) a 32 (trinta e dois) de profissão. De modo que 06 (seis) possuem pós-graduação, destes 05 (cinco) em outras áreas do direito e apenas 01 (um) no campo familiarista. Além disso, todos os entrevistados advogam em outras áreas do direito, as quais predominam em seus escritórios com maior quantidade de processos do que os familiares (apenas em dois casos que a predominância é a área familiarista).

Em sua maioria, 06 (seis) entrevistados, exerceram outras atividades antes de entrar na carreira jurídica (tais como: atividade bancária, contabilidade, duas entrevistadas trabalharam na área do comércio, uma foi pedagoga e outro foi militar e tenista). De maneira geral, realizaram cursos de formação continuada após a graduação, nas mais diversas áreas, mas apenas 01 (uma) entrevistada fez curso de mediação em específico.

Ademais, 07 (sete) entrevistados exercem ou exerceram atividades paralelas à advocacia (seis casos de docência e apenas uma era corretora de imóveis), conforme tabela 01:

	Quantidade	
Sexo	09 mulheres 01 homem	
Faixa Etária	De 27 a 55 anos de idade	
Situação Conjugal/Familiar	02 Casado(a)s 02 divorciado(a)s 02 em união estável 04 solteiro(a)s	
Filhos	06 têm filhos	04 não tem
Tempo de profissão	De 04 anos a 32 anos de profissão	
Pós-graduação	06 tem pós-graduação *apenas 01 em família e sucessões	04 não tem
Atua em outras áreas	Todos advogam em outras áreas do direito *Em apenas 02 casos predominava o direito de família no escritório	
Exerceram outras atividades antes da carreira jurídica	06 exerceram atividades como: militar, contábil, bancária, do comércio, pedagogia, etc.	
Exerce(ram) outras atividades paralelas à advocacia	07 exerce(ram)* * 6 casos de docência e um de corretagem de imóveis	03 não exerce(ram)

Tabela 01 – Perfil dos entrevistados

Não fosse isso, três advogados relataram que já tiveram a experiência de ser parte em processos familiaristas. Inclusive a entrevistada Beatriz²⁶ disse que se encantou pela advocacia durante o seu processo de divórcio, optando pela profissão nesse momento. De acordo com seu relato: *“e aí teve que cada um procurar o seu advogado e eu me encantei pela minha advogada. Achei que ela me dava uma segurança assim, um conforto impressionante. E eu resolvi entrar no direito que nunca na vida eu pensei em fazer porque tinha que ler muito”*.

Em geral, as entrevistas duraram aproximadamente meia hora, salvo algumas exceções que duraram de uma a duas horas, e em todos os encontros a pesquisadora foi bem recebida. De modo que se percebe que as entrevistas duram mais quando o entrevistado tem conhecimento sobre mediação, pois falam mais, ficam menos defensivos e objetivos. No entanto, em sua maioria, no início, os interlocutores eram mais objetivos, mas aos poucos iam falando mais.

Foi preciso, em mais de um momento, explicar que o papel que estava sendo desempenhado ali era o de pesquisadora (e não advogada ou mediadora), que também não havia respostas corretas ou incorretas e que não havia “coisas que eu queria ouvir” (quando alguns interlocutores me devolviam algum questionamento com a seguinte frase: *“Não sei se é bem isso o que tu queria. Se eu respondi de forma adequada”*). De maneira que havia a preocupação em deixar o entrevistado(a) à vontade para responder o que realmente pensava.

Esse cuidado de explicar a função ou o papel desempenhado naquele momento também se mostra necessário em todas as sessões de mediação e conciliação em que se atua como mediadora ou conciliadora. É preciso destacar sempre nas declarações de abertura das sessões que: *“Embora eu tenha formação em direito e atue como advogada na comarca, neste momento estou aqui como mediadora judicial do CEJUSC”*, ressaltando a sigilosidade do procedimento.

Trata-se de uma tentativa de mostrar para os profissionais que conhecem a pesquisadora em sua profissão, enquanto advogada, que naquele momento se está em outro papel. Aliás, esse zelo também foi observado durante as entrevistas e conversas com outros interlocutores no EMAJ, no CEJUSC.

²⁶ Para melhor compreensão e clareza, bem como para preservar a identidade dos entrevistados, foram utilizados nomes fictícios para reportá-los, observando-se a manutenção dos mesmos e congruência com as suas respostas durante todo o levantamento dos dados, ou seja, toda vez que determinada alcunha for citada, se remonta a resposta do mesmo entrevistado. Preocupando-se, inclusive, em não adotar denominações que coincidam com os verdadeiros nomes dos agentes jurídicos estudados.

Por isso, sempre houve uma grande preocupação em não se enviesar os resultados e dados para não “contaminar” a pesquisa, zelando-se muito pela observância do método e contando sempre com as indicações e experiência da orientadora. Aliás, esse protocolo de pesquisa foi eleito precisamente para dar maior credibilidade e cientificidade na condução do estudo. Precipuamente porque, como bem afirma Fonseca (1999, p. 68-69), existe uma vida social além da situação pesquisador-pesquisado e seria um engano ingênuo reduzir a realidade àquela dimensão que diz respeito a nossa presença.

O que se objetivava, portanto, era entender, por meio das práticas e representações sociais veiculados pelos agentes jurídicos (advogados e mediadores), quais percepções e usos da mediação são feitos no contexto de uma advocacia focada em conflitos familiares judicializados. Para tanto, havia a ciência da “posição” privilegiada da pesquisadora, a qual facilitou o acesso aos sujeitos da pesquisa, bem como o contato com outros interlocutores, como professores e funcionários do EMAJ e CEJUSC.

Por fim, os dados averiguados na pesquisa de campo serão melhor abordados a seguir. Contudo, pode-se afirmar que fatores como conhecimento do tema e vínculos com outras atividades – como a docência, projetos de universidades e cargos na OAB, por exemplo – podem ser determinantes e muito influenciadores nas concepções e posturas desses profissionais, não só no que tange à mediação, mas também em outras opiniões acerca de temas que envolvem a advocacia e o direito de família.

2.3 A observação participante

Depois de realizar os primeiros contatos com o CEJUSC Rio Grande, houve a oportunidade de realizar os cursos de formação de mediador cível – em 09/05/2016 a 13/05/2016 - e familiar – 03/04/2017 a 07/04/2017 oferecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²⁷. Também se passou a participar do grupo de estudos

²⁷ Apenas a título de esclarecimento, para ser mediador é preciso ser graduado há, pelo menos, dois anos, em qualquer área, não precisa ser estritamente a jurídica. Ao tempo da observação participante, além das 40 h/a, a segunda turma de mediadores da comarca de Rio Grande para ser considerada mediadora judicial cível precisava ainda realizar 150 (cento e cinquenta) horas de estágio (sendo preciso ter 10 relatórios validados pelo NUPEMEC, por meio de um supervisor, 5 como observador e 5 como mediador) e realizar uma série de atividades e exercícios em uma plataforma virtual de ensino à distância. Já o mediador familiar precisa realizar 30 (trinta) mediações familiares, sendo 15 (quinze) como mediador e

dos mediadores do CEJUSC Rio Grande, denominado de Grupo de Estudos de Mediação Rio Grande (GEM), criado em outubro do ano de 2016.

A participação no curso de formação possibilitou observar as relações entre os diversos atores da uma mediação, ou seja, mediadores, mediandos e advogados. Como nos ensina Fonseca (1999, p. 66): “É no intuito de descobrir a relação sistêmica entre os diferentes elementos da vida social que os etnógrafos abraçam a observação participante - para tentar dar conta da totalidade do sistema”.

Na mesma linha, Flick (2009, p. 208) pondera que a observação participante deve ser entendida sob dois aspectos como um processo. No primeiro, o pesquisador deve, cada vez mais, tornar-se um participante e obter acesso ao campo e às pessoas. E, no segundo, a observação deve passar por um processo que a torne cada vez mais concreta e concentrada nos aspectos essenciais às questões de pesquisa.

Nesse sentido, a observação se deu durante os cursos de formação de mediadores e da prática advinda da realização de sessões de conciliação, mediação cível e familiar na comarca de Rio Grande. Para melhor organizar os dados e visando maior clareza quanto à metodologia empregada, adotou-se como corte metodológico o período de maio de 2016 a final de junho de 2017. O instrumento utilizado para o registro das observações foi o diário de campo.

Do mesmo modo, a observação participante também adveio do aprendizado oriundo do estágio de docência do mestrado que se realizou junto ao EMAJ. O motivo por optar realizar o estágio nesse local foi o fato de ter ainda mais contato com causas familiaristas, já que grande parte da demanda atendida pelos professores e estudantes vinculados ao EMAJ é em direito de família. Além disso, tendo em vista que a orientadora desse trabalho não leciona na cidade, foi necessário estagiar sob a supervisão da Prof^a Simone de Biazzi, responsável pelo Projeto de Mediação de Conflitos da FURG, com acesso direto as mediações e experiências desse projeto.

Assim, todos esses contatos e opções metodológicas colaboraram muito para a realização de uma observação direta, rica em detalhes e com diversas percepções para a pesquisa. Nessa perspectiva, Fonseca (1999, p. 70) destaca a importância de o

15 (quinze) como observador. Contudo, esses critérios foram readequados pelo CNJ, em outubro de 2017, passando a se exigir: a realização de 60 (sessenta) horas em comediação, na forma de autossupervisão, as quais devem ser comprovadas por planilhas de horas, bem como não possuir avaliação desabonatória. Atingidos esses requisitos, o mediador precisa ser aprovado em prova objetiva e realizar uma mediação, sendo observado por um supervisor. Enquanto o mediador familiar passou a precisar ser certificado como mediador cível e possuir 10 (dez) relatórios de mediação familiar, validados pelo supervisor e não possuir avaliação desabonatória.

pesquisador analisar o seu objeto de estudo atentando para a pluralidade de universos e lógicas que podem envolver o meio pesquisado:

[...] É, pelo contrário, atentando para as diferenças – atrás das aparentes semelhanças - que se cria um espaço para o diálogo acontecer [...] Na maioria de nossos encontros educativos, estamos lidando com pessoas da sociedade complexa - pessoas que vivem sob a pressão das mesmas forças estruturais que nós, e que, em muitos casos, ostentam valores e crenças idênticas. Porém, **pressupor de antemão essa semelhança com o universo simbólico do pesquisador, submeter todas as falas a um mesmo paradigma de análise, é facilitar a violência simbólica exercida pelas classes dominantes. A abertura da antropologia para a possibilidade (e não o fato) de outras lógicas, de outras dinâmicas culturais, serve como arma contra a massificação e, em alguns casos (onde o método acerta seu alvo), pode transformar um diálogo de surdos em comunicação.** (grifei) (FONSECA, 1999, p. 70).

Um exemplo muito claro da compreensão das complexidades advindas do mundo “prático” pode ser extraído do curso de formação de mediadores. Está previsto como estrutura curricular do curso a realização de simulações. Essas simulações buscam treinar o funcionamento de uma sessão de mediação sob a supervisão dos professores, bem como mostrar aos futuros mediadores essa complexidade e as diversas percepções que uma sessão de mediação enseja, pois cada mediador em formação precisa passar por todos os papéis envolvidos na mediação e dizer como se sente.

Em outras palavras, o mediando terá a oportunidade de avaliar sua percepção quanto à acolhida, quanto à imparcialidade dos mediadores. O advogado, por sua vez, deverá analisar seu desejo de integrar aquele processo de mediação. Os mediadores (relator e comediador), por fim, partilham suas ansias e impressões da complexidade de mediar; e os mediadores observadores o que enxergam estando nesse papel²⁸.

No que tange à observação participante, enquanto mediadora em formação, o primeiro aspecto a ser destacado é o fato de que o CEJUSC Rio Grande está em funcionamento desde novembro de 2015. Apesar disso, somente no ano de 2016, mais especificamente após a entrada em vigor do NCPC que o mesmo passou a efetivamente funcionar.

Por exemplo, alguns mediadores da primeira turma, cujo curso se deu em setembro do ano de 2014, somente foram efetivamente realizar as primeiras mediações

²⁸ Para facilitar a transposição da teoria para a prática, recomenda-se na formação de mediadores judiciais a adoção de um modelo no qual o observador dessas mediações acompanha as observações seguindo um formulário de observação do mediador. Neste formulário constam ações, procedimentos, práticas e competências que o observador deve verificar durante a sessão que está acompanhando, recomenda-se que todos os mediadores encontrem-se ao término da mediação para a sessão de autossupervisão, no que se refere a observação, de maneira a eventualmente tirar uma dúvida ou identificar questões. (CNJ, 2016b, p. 120).

no ano de 2016, pois passaram todo o ano de 2015 sem mediar. Ademais, até a data do recorte temporal desse estudo (final de junho de 2017), ainda não se formou nenhuma turma de mediadores judiciais, embora já tenham sido realizados três cursos de formação de mediadores judiciais cíveis, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), e um de mediadores familiares, na comarca.

Assim, atualmente, o centro funciona com o apoio de 40 (quarenta) mediadores e conciliadores e é coordenado pela juíza de direito Fernanda Duquia Araújo, responsável pelo CEJUSC Rio Grande e pelas Varas de Família e 4ª Vara Cível – especializada em família – da comarca. De maneira que as mediações familiares só começaram a ser realizadas em maio de 2017, após a realização do curso de mediadores judiciais na comarca, pois antes, o CEJUSC apenas trabalhava com mediações cíveis.

Contudo, as varas que atuam com direito de família e sucessões na comarca (Vara de Família e a 4ª Cível – especializada em família), antes de maio de 2017, já disponibilizavam sessões de conciliação com técnicas de mediação, em razão de um protocolo de cooperação. Nesse protocolo, firmado desde abril de 2016, os voluntários e profissionais do projeto de Mediação de Conflitos da FURG, que funciona desde 2009 dentro do programa CRAF - Centro de Referência em Apoio à família-, realizam as audiências de conciliação, aplicando ferramentas da mediação cível durante as sessões. Posteriormente, no ano de 2017, a faculdade Anhanguera assumiu essas audiências.

Quanto ao critério das causas enviadas para mediação e o funcionamento do centro, basicamente: *“O Juiz de origem examina o processo e, percebendo a possibilidade de autocomposição, remete os autos para o CEJUSC. Ao recebermos o processo, designamos a data e horário devolvendo-os ao cartório de origem para cumprimento. Poucos dias antes da reunião, o processo é remetido novamente para o CEJUSC, apenas para eventuais consultas”*. Assim: *“Realizada a reunião, os mediadores redigem termo juntando-o no processo. Após, os autos são devolvidos para o Juiz titular, que irá de acordo com seu entendimento homologar ou não eventual acordo”*²⁹.

Além disso, torna-se importante descrever também algumas dificuldades observadas durante essa vivência, tais como o fato de que os mediadores judiciais em formação são “lançados” a realizar algo que ainda não conhecem efetivamente, sem supervisão direta. Essa percepção é compartilhada por outros profissionais, como

²⁹ Correspondência pessoal, por meio eletrônico com o responsável pelo CEJUSC em 04/04/2016.

explicou o entrevistado Bruno: “o Tribunal de Justiça, já estando preparado algum tempo, tentando formar mediadores, muito mal formados até por sinal...”. O próprio NUPEMEC transparece essa instabilidade, no sentido de parecer “meio perdido”, pois por horas dá uma orientação e, tempos depois, outra diferente sobre o mesmo assunto, revelando que também está aprendendo com a prática.

Ademais, é preciso frisar que a estrutura do CEJUSC Rio Grande ainda é precária. Apesar disso, quando o CEJUSC Rio Grande realizou uma visita ao CEJUSC Pelotas, em 10 de março de 2017³⁰, verificou-se que isso não é só uma realidade da comarca de Rio Grande. O CEJUSC Pelotas já possui cinco anos de funcionamento e se desenvolve a passos largos, com grande reconhecimento pelo TJRS, tendo recebido uma menção honrosa no Prêmio Estadual de Direitos Humanos³¹. No próprio município, estabeleceu diversos convênios com outras instituições e com as universidades da cidade. Ainda assim, possui uma estrutura mais precarizada se comparada com a de Rio Grande.

Um exemplo simples é o fato de que a orientação do NUPEMEC é a de que as salas das sessões de conciliação e mediação devem ter um ambiente diferenciado, menos formal, com mesa redonda, quadros e uma estrutura que retire aquele caráter formal e impessoal das salas de audiência. Durante a visita ao CEJUSC de Pelotas, o juiz responsável pelo Centro na comarca, Marcelo Malizia Cabral, nos relatou que não possuem uma sala para tanto, apesar de contarem com um ambiente, onde funciona a secretaria do CEJUSC, bem informal, com quadros expostos pelos artistas locais e à venda. Porém, pequena e, por isso, precisa contar com espaços cedidos pelo Poder Judiciário.

Já em Rio Grande, apesar de ainda precária, a estrutura aparenta ser um pouco melhor. Há uma secretaria do CEJUSC improvisada, localizada no 4º andar do Foro Estadual da comarca, mas o centro tem uma sala para a realização das mediações, a qual possui uma mesa redonda, um sofá, um quadro na parede (com uma figura abstrata e colorida), uma mesa para o computador e uma estante. Só que às vezes, por falta de

³⁰ CEJUSC. CEJUSC de Pelotas recebe visita do CEJUSC de Rio Grande. Pelotas, 15 de março de 2017. Disponível em <<http://conciliacaopelotas.blogspot.com.br/2017/03/cejusc-de-pelotas-recebe-visita-do.html>>. Acesso em 19 de abril de 2014.

³¹ CEJUSC. Campanha de educação para a paz do TJRS recebe menção honrosa no prêmio estadual de direitos humanos do RS. Pelotas, 11 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://conciliacaopelotas.blogspot.com.br/2013/12/campanha-de-educacao-para-paz-do-tjrs.html>>. Acesso em 15 de abril de 2017.

estrutura, é preciso improvisar as salas de audiência para sessões de mediação, tentando-se fazer um semicírculo em uma das partes das mesas das salas de audiência.

Também se destaca que são os próprios mediadores que levam balas e café para tornar o ambiente mais agradável e informal, visando quebrar o protocolo de uma sala de audiências e deixar um clima mais agradável para os mediados. Outro fato observado é a grande evasão de mediadores no decorrer do estágio de formação. Entre os fatores que podem determinar tal índice estão dois fatos importantes que caminham juntos: a gratuidade do serviço (falta de remuneração) e a disponibilidade de tempo. Essas hipóteses também são destacadas por Nunes e Alvim (2016):

[...] grande questão acerca da voluntariedade do trabalho do mediador é o esvaziamento do instituto da mediação judicial. Isto porque o mediador deverá ter disponibilidade de tempo e até mesmo de condições financeiras para exercer o seu ofício voluntário. As duas variáveis se conjugam visto que o mediador, geralmente, tem outra profissão e que consegue exercer essa atividade voluntária concomitantemente à profissão pela qual é remunerado. Ademais, a questão financeira também é importante visto que, ao menos para chegar ao Tribunal, os mediadores financiam o próprio transporte, sem qualquer ajuda do Poder Judiciário. (NUNES; ALVIM, 2016, p. 259).

Portanto, além da disponibilidade de tempo o mediador precisa ter condições financeiras para exercer o trabalho voluntário, devendo conjugar as duas ocupações (NUNES; ALVIM, 2016, p. 250). Agregado a isso, tem-se também o elevado índice de queixas dos mediadores com relação à resistência dos advogados durante as sessões de mediação. Por resistência, entende-se não só a desvalorização do método e descrença na realização da mediação como também para com os mediadores e sua competência.

Nesse sentido, em março de 2017 ocorreu uma manifestação pública no grupo “Advogados da Zona Sul” no “Facebook”, por parte de uma advogada, e apoio de outras: “*Que desorganização essas audiências do cejuscon (sic) no fórum!!!! Tu percorre todos os andares pois muda todo dia. O pior é ter que esperar sem ar condicionado!!!! Que absurdo!!!!*”. Como se observa, essa agente jurídica confunde o CEJUSC estadual com o Centro Judiciário da Justiça Federal e externa descontentamento com a estrutura do Centro Judiciário.

Na ocasião dessa manifestação, outra advogada fez o seguinte comentário: “*Eles nem sabem o que se trata. Poxa deveriam ter mais zelo.*” – referindo-se ao fato de que os mediadores não têm acesso aos processos e seus conteúdos antes das sessões de mediação. Contudo, esse é o protocolo do Conselho Nacional de Justiça que deve ser seguido pelos mediadores, isto é, não podem ter acesso ao processo em todo o

procedimento da mediação, para não fazer juízo de valor sobre o caso, principalmente porque não são juízes e não analisam provas.

Igualmente, durante a pesquisa de campo, nas entrevistas com os advogados, esse descontentamento também apareceu, com um viés menos pejorativo³², mas se pôde perceber que o procedimento de não acesso aos autos é interpretado, muitas vezes, como despreparo e incompetência dos mediadores. Do mesmo modo, a resistência dos advogados com o procedimento e com o papel do mediador foi constatada não só durante conversas informais com os mediadores, mas também em narrativas realizadas no grupo de estudos, nas aulas do curso de formação dos mediadores familiares e em todas as reuniões do CEJUSC Rio Grande.

Assim, após alguns desses relatos nas aulas de mediação familiar verificou-se que, talvez, o verbo “auxiliar” da mediação, que é utilizado na declaração de abertura³³ das sessões de mediação, a fim de remontar ao fato de que o “*o advogado é auxiliar da mediação*”, pode estar atrapalhando essa adesão por parte dos advogados.

De acordo com as professoras do curso de mediação, a expressão poderia provocar uma falsa percepção e sensação de que os advogados terão um papel secundário na mediação e, por isso, se sintam descartados ou relegados a meros assistentes. Enquanto deveriam se sentir valorizados e detentores de papel muito importante para que o procedimento tenha êxito.

Nesse sentido, as professoras orientaram que durante o termo de abertura se expusesse melhor o papel e a importância do advogado na mediação. Explicitando que a primeira relação de confiança instituída é a da parte com o seu advogado, de maneira que os mediandos se sentem mais seguros e protegidos com a sua presença, motivo pelo qual é importante que os advogados estejam presentes e ajudem, conjuntamente com os mediandos, a construção de um consenso sem negligenciar o conhecimento técnico-jurídico para entabular o acordo.

Consequentemente, diante dos relatos dos mediadores acerca da resistência dos advogados, temendo uma polarização – mediadores x advogados – e reconhecendo a

³² Esse tema será desenvolvido no capítulo a seguir.

³³ A declaração de abertura é a primeira etapa do procedimento da mediação em que é explicado: o que é mediação, quem são os mediadores, como funciona, quais os princípios que regem o procedimento e o que se espera dos mediandos. É como se fosse o momento em que todas as cláusulas de um contrato fossem expostas para que os contratantes pudessem de fato assinar e se responsabilizar pela obrigação avençada, no caso, por concordar e respeitar com aquele método para a condução do seu conflito. Para alguns autores, como Almeida (2014, p. 40), o discurso ou declaração de abertura funciona com um ritual de passagem – da competição à colaboração, do desentendimento à proposta de entendimento –, autorizando simbolicamente os mediandos a inaugurarem um diálogo autocompositivo.

importância do advogado na mediação, a Dra. Fernanda Duquia Araújo, juíza responsável pelo CEJUSC Rio Grande, passou a traçar um trabalho de aproximação dos advogados com o Centro. De maneira que se criou um grupo, dentro do CEJUSC, para trabalhar não só a divulgação do Centro como também fomentar esse enlace com a OAB e os advogados.

Por fim, o último aspecto observado é o fato de que o CEJUSC é diferente de outros centros de soluções de conflitos de outras searas da Justiça. Na Justiça Federal há o CEJUSCON - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – e na Justiça Trabalhista – CEJUSC-JT – Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas -, nos quais há apenas o uso das técnicas de conciliação, por parte dos próprios juízes e servidores, embora a nomenclatura seja mais abrangente.

Ao passo que nos CEJUSCs estaduais, além de se fomentar os métodos consensuais de solução de conflitos, abrangendo não só técnicas de conciliação, mas, sobretudo de mediação, há também a preocupação com a cidadania. Busca-se divulgar o CEJUSC para uma maior adesão popular, mas também de fomentar que a essa cultura do consenso e de comunicação não violenta seja praticada em conflitos nas mais diversas áreas. E não somente no âmbito judicial ou extrajudicial, para evitar processos.

Assim, na comarca de Rio Grande já se começou a averiguar outras formas de atuação que não só em processos judicializados ou pré-processuais ou extrajudiciais, como a atuação no âmbito escolar, em oficinas de parentalidade e possíveis convênios com a prefeitura da cidade.

2.4 A análise de conteúdo dos dados

Com efeito, após a pesquisa empírica, foi utilizada a técnica da análise de conteúdo para avaliar os dados obtidos por meio das entrevistas e da observação participante. O objetivo é o de relacionar os elementos do conteúdo coletado com os referenciais teóricos (XIMENES, 2012, p. 09).

Para tanto, foi utilizada a metodologia da análise de conteúdo de Bardin (2011, p. 125), de maneira a passar pelos três polos cronológicos apontados por essa autora, quais sejam, a pré-análise; a exploração do material e o tratamento dos resultados; a inferência e a interpretação. Explicam Silva e Fossá (2015) que:

A primeira fase, pré-análise, é desenvolvida para sistematizar as ideias iniciais colocadas pelo quadro referencial teórico e estabelecer indicadores para a interpretação das informações coletadas. A fase compreende a leitura geral do material eleito para a análise, no caso de análise de entrevistas, estas já deverão estar transcritas. De forma geral, efetua-se a organização do material a ser investigado, tal sistematização serve para que o analista possa conduzir as operações sucessivas de análise. (SILVA; FOSSÁ, 2015, p. 03).

No caso do presente trabalho, como já esclarecido anteriormente, a análise de conteúdo é qualitativa, pois o trabalho de campo foi pautado em entrevistas que se deram de forma estruturada, face a face, com questões abertas, previamente definidas e feitas a todos os entrevistados. Dessa forma, a análise não se resumiu a descrição (enumeração das características do texto) e nem da interpretação (a significação concedida a essas características), mas a um procedimento intermediário que permite a passagem, explícita e controlada em referenciais teóricos, da descrição à interpretação. (XIMENES, 2012, p. 06).

Para Ximenes (2012, p. 06), os elementos da técnica permitem uma ponte entre a descrição pura (o levantamento de dados propriamente dito) e as diferentes interpretações possíveis, conforme o marco teórico previamente definido. Assim, concluída a pré-análise passou-se para a exploração do material, sendo realizada a sua codificação, compreendendo as três escolhas de Bardin (2011, p. 133): o recorte (escolha de unidades – de registro e contexto), a enumeração, a classificação e agregação (escolha das categorias).

No recorte, as unidades de registro utilizadas foram a palavra (palavras-chave) e o tema, na medida em que se buscou descobrir “núcleos de sentido” (a motivação das opiniões e as tendências dos entrevistados). Como unidade de contexto, buscou-se contextualizar esses temas, por meio da fala dos próprios entrevistados.

Já como regra de enumeração (o modo de contagem) foi utilizada a frequência dos temas e palavras, mas também a presença, a direção (quando a frequência direciona o posicionamento dos entrevistados) e a coocorrência (análise de contingência ou associação). E, a partir de então, se passou a categorização, que embora não seja uma etapa obrigatória, mostrou-se necessária para melhor compreensão dos dados obtidos nas entrevistas.

De acordo com Flick (2009, p. 207), as análises de dados baseiam-se em contar a incidência de atividades específicas por meio da utilização de procedimentos de categorização. Segundo Bardin (2011, p. 148), a categorização é um processo de tipo estruturalista e comporta duas etapas o *inventário e a classificação*. O *inventário*

permite o isolamento dos elementos *e a classificação*, reparte os elementos, de modo que auxilia na organização das mensagens advindas dos elementos.

De início, foi utilizado o software “NVIVO 11 Pro for Windows” para auxiliar no levantamento dos dados e na categorização, partindo, primeiramente, da frequência de palavras. Após esse panorama geral, buscaram-se os aspectos específicos, as mensagens singulares, de maneira a se analisar cada entrevista, uma a uma, e também os levantamentos realizados durante o estudo, bem como fragmentos tirados do diário de campo.

De modo que o processo de categorização e análise dos dados permitiu a comparação de diferentes discursos, a confrontação de falas de diferentes sujeitos sobre a mesma realidade. Como ensina Fonseca (1999, p. 67), dessa forma é possível construir a tessitura da vida social em que todo valor, emoção ou atitude está inscrita (FONSECA, 1999, p. 67).

Assim, finalmente, passou-se a última etapa: da inferência e interpretação a partir do material empírico, atentando-se à percepção das possíveis razões que antecederam determinados discursos, suas influências e possíveis consequências decorrentes destas. Flick (2009, p. 332) refere que o objetivo dessa etapa é compreender e abranger cada caso. Contudo, dá-se uma atenção diferenciada à reconstrução do caso individual. Nas análises de conteúdo, trabalha-se essencialmente em relação às categorias, e não aos casos.

Destarte, foi na alternância entre dados de campo e leituras bibliográficas que se trabalhou com algumas das técnicas do método etnográfico (FONSECA, 1999, p. 73) para procurar entender qual o sentido das práticas utilizadas pelos agentes jurídicos estudados, bem como suas percepções acerca da mediação, no contexto de uma advocacia focada em conflitos familiares judicializados³⁴. Por isso, os próximos capítulos se dedicam a analisar os dados obtidos com o trabalho de campo.

³⁴ Por conseguinte, optou-se por não adentrar na questão escolarização e nível social das partes, pois essa temática restou frustrada em razão de os dados obtidos terem sido insuficientes para permitir uma análise mais acurada. Além disso, a observação participante tampouco trouxe elementos que pudessem ajudar nessa análise. Pelos mesmos motivos, igualmente, preferimos não abordar a questão da violência doméstica.

3. REPRESENTAÇÕES SOBRE A ADVOCACIA EM DIREITO DE FAMÍLIA

Antes de se adentrar propriamente na temática da mediação, é preciso abordar algumas representações e costumes internalizados nos agentes jurídicos entrevistados que foram observados durante a pesquisa. Com efeito, Jodelet (1993, p. 34) entende que as representações sociais são fenômenos complexos sempre ativos que agem na vida social e que estão sempre organizados como uma espécie de saber que diz alguma coisa sobre o estado da realidade. Por isso, constituem uma apropriação da realidade externa ao pensamento e também uma elaboração individual e coletiva dessa realidade.

Assim, as representações sociais estão ligadas a um sujeito e um objeto, agindo como um sistema de interpretação de conhecimentos, de objetos e do mundo. No caso desse estudo, mergulhou-se no universo simbólico dos sujeitos – advogados familiaristas – e do objeto – mediação -, a fim de apurar as representações sociais e simbolizações que permeiam suas falas e rotinas. Trata-se de fenômenos cognitivos, os quais revelam às interiorizações das experiências, das práticas, dos modelos de conduta e de pensamento, socialmente inculcados ou transmitidos pela comunicação social, que aí estão ligados (JODELET, 1993, p. 35).

Paralelamente ao conceito de representação social, é importante frisar a diferenciação entre dados, informações e conhecimento. Angeloni (2003, p. 18) destaca que dados são elementos brutos, sem significado, desvinculados da realidade; informações são os dados com significado (processados e contextualizados); ao passo que conhecimento diz respeito às informações processadas pelos indivíduos, estando estritamente relacionado com a percepção do mesmo, que codifica, decodifica, distorce e usa a informação de acordo com suas características pessoais, ou seja, de acordo com seus modelos mentais.

A partir da coleta de dados e de sua manipulação para extrair significados, buscou-se elaborar as reflexões desse trabalho através das representações - modos de pensar – apresentadas pelos sujeitos da pesquisa. Contudo, não se almejou esgotar a temática e também não se está adstrito a qualquer convencimento final.

Sabe-se da contingência dos dados e, por isso, não se pretende chegar a respostas fechadas. Também se reconhece que o grupo social que participou da pesquisa é restrito em termos quantitativos e, portanto, não há a pretensão de universalidade dos dados

analisados, eis que representam uma parcela dos profissionais da cidade de Rio Grande, que discutem e respondem aos questionamentos a partir de suas realidades, qual seja, a dos jurisdicionados dessa comarca.

Igualmente, não se quer incorrer ao que se critica, isto é, a meros reducionismos, por isso é que se precisa ter em mente que as representações sociais são articuladas em diferentes sistemas explicativos, de maneira que é preciso respeitar a complexidade dos fenômenos. Logo, desde já, se assume a brevidade dos resultados (no sentido de serem provisórios), principalmente em razão de estarem pautados em habilidades perceptivas do grupo entrevistado e da observação participante.

Nesse sentido, destaca Angeloni (2003, p. 19), as habilidades perceptivas são induzidas a um “estreitamento perceptivo”, em razão de o modo de viver e a visão de mundo ser restrita e fragmentada ao indivíduo, e suas características pessoais, de modo que as necessidades das pessoas em relação à informação mudam constantemente porque a percepção, além de ser individual, é contingente. E também porque, conforme Sarti (2004, p. 13), nunca se está inteiramente seguro de que o que atribuímos ao outro corresponde ao que ele atribui a si mesmo, dificuldade essa inerente às relações intersubjetivas.

Sendo assim, assume-se a sua incompletude, não havendo sequer a ambição contrária (completude). Longe disso, se concorda com Santos (2010), quando afirma que:

Nenhuma forma de conhecimento pode responder por todas as intervenções possíveis no mundo, todas elas são, de diferentes maneiras, incompletas. A incompletude não pode ser erradicada porque qualquer descrição completa das variedades de saber não incluiria a forma de saber responsável pela própria descrição. (SANTOS, 2010, p. 58).

Entretanto, em que pese o fato de se assumir a transitoriedade dos dados, tem-se que isso não retira a validade dos mesmos e sua relevância para a compreensão das representações sociais analisadas e como uma forma de abertura no sentido de aproximação ao outro (SARTI, 2004, p. 13) – agentes jurídicos estudados. Sobretudo porque, como ressalta Jodelet (1993, p. 40-41), o conhecimento do senso comum não deve ser invalidado como falso, pois, “sua especificidade, que considera uma formação e finalidades sociais, é um objeto de estudo epistemológico, não apenas legítimo, mas necessário para compreender plenamente os mecanismos do pensamento, e pertinente para tratar do saber científico”.

Destarte, se estrutura esse e o próximo capítulo a partir da categorização realizada, por meio da análise de conteúdo dos dados empíricos, para dar voz ao que fora extraído no campo, trazendo as representações sociais ligadas aos sujeitos (advogados familiaristas) e o objeto analisado (mediação).

3.1 A advocacia

A origem da profissão é bastante controversa entre os estudiosos, não havendo dados precisos para defini-la, mas não se nega que o berço da advocacia, enquanto atividade exercida por profissionais para defender os cidadãos, remonta a Atenas, na Grécia. De acordo com Marco (2009, p. 246), a profissão surge naturalmente naquele país, em razão da grande importância dada por aquele povo à arte retórica.

Nesse sentido, os julgamentos eram dramáticos, com encenações comoventes, lisonjas e vaidades exacerbadas, sendo que, na época, a figura do logógrafo se assemelhava muito a de um advogado. Eram esses profissionais que, por meio da oratória, pronunciavam os discursos de defesa dos querelantes que os contratavam (MARCO, 2009, p. 245).

Ao passo que em Roma inicialmente não havia uma profissão especial para a defesa de interesses em litígio, mas, gradualmente, a obrigatoriedade do comparecimento pessoal em juízo foi cedendo lugar para a representação processual, com o patrocínio de ações em nome alheio (PORTO, 2011, p. 03). Logo, foi em Roma que essa profissão ganhou relevância e prestígio, tanto que, primeiramente, o advogado não recebia salários, mas honorarias pelo seu serviço, delas advindo a expressão remuneratória da atualidade, qual seja a do advogado receber honorários (PORTO, 2011, p. 03).

Já no Brasil, a advocacia remonta ao período colonial. Tanto no Brasil colonial quanto no Brasil império, o exercício da profissão guardava estreita ligação com a história da profissão em Portugal. As Ordenações Afonsinas e Filipinas, as quais disciplinavam acerca da advocacia, exigiam que os letrados que queriam advogar no país tivessem cursado Direito Canônico e/ou Civil na Universidade de Coimbra (MARCO, 2009, p. 253-254). Tratava-se, portanto, de uma formação totalmente voltada ao liberalismo individualista.

Assim, apenas em 1827, em São Paulo e Olinda, surgiram os primeiros cursos de direito no país. E, em 1930, foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do Decreto 19.408, próxima dos moldes atuais, ou seja, enquanto órgão de disciplina e seleção da classe de advogado (PORTO, 2011, p. 04).

Entretanto, somente com o advento da Constituição de Federal de 1988 é que o exercício profissional da advocacia recebeu contornos relevantes, com forte regulação ética e disciplinar (MARCO, 2009, p. 254)³⁵. Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 positivou o reconhecimento de que advogado é indispensável à administração da Justiça³⁶. Diz-se indispensável à administração da justiça porque contribui para que princípios inerentes à noção de justiça, como ampla defesa e contraditório, resem incolumes (DICKOW; MOHR, 2012, p. 204).

Ademais, também se estatuiu que possui função social. Logo, além de representante dos interesses individuais de seus clientes, o advogado passou a ser representante, também, de interesses públicos. Tanto isso é verdade, que é a única profissão privada especificada na constituição como essencial e indispensável à justiça, pois é esse profissional que detém a capacidade postulatória (*jus postulandi*). Ou seja, tem em mãos instrumentos e conhecimento para pleitear em juízo a garantia de direitos e evitar arbítrios.

Com o passar dos anos, a profissão foi se popularizando, pois, de acordo o Conselho Federal da OAB³⁷, em 08 de agosto de 2017, o quadro de advogados regulares e recadastrados no país contava com o número de 1.042.012 (um milhão, quarenta e dois mil e doze) advogados³⁸. Só no estado do Rio Grande do Sul são 78.582 advogados³⁹. Isso coloca o Brasil entre os países com maior densidade de advogados em relação à sua população no mundo — há um profissional do ramo a cada 209 habitantes (LUPION, 2017).

³⁵ O exercício profissional da advocacia pode ser encarado como um gênero de uma profissão que comporta outras denominações, a depender da vinculação do advogado – por exemplo, procuradores de município e estados, defensores públicos, advogado-geral da União, etc. Logo, no presente trabalho, importa o advogado como agente jurídico que exerce uma carreira profissional liberal.

³⁶ Artigo 133 da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

³⁷ CONSELHO FEDERAL DA OAB. Institucional/Quadro de Advogados. Quantitativo total. Disponível em <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em 07 de agosto de 2017.

³⁸ De acordo com o Conselho Federal da OAB (2017), esse número cresce a cada dia, pois esse quantitativo é programado a ser atualizado todos os dias às 00h01min.

³⁹ Segundo o quadro de advogados, disponibilizado pelo CNJ (2017), o estado ocupa a quarta posição das regiões do Brasil com o maior número de advogados, perdendo apenas para São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Além disso, o Brasil também é o país com o maior número de cursos de direito no mundo. Em 2010, Marcos Vinícius Coelho, então Presidente do Conselho Federal da OAB⁴⁰, afirmou que o país possuía mais de 1.240 faculdades de direito, enquanto a soma total de faculdades de direito no mundo todo é de 1.100 cursos.

Tanto os elevados índices de advogados no mercado, quanto à supersaturação de cursos de direito no país não são motivos de celebração, pois não representam a materialização das funções sociais desses profissionais. Pelo contrário, esse cenário tem contribuído com o agigantamento e a hipertrofia do Poder Judiciário - reportada no capítulo 1 desta dissertação – e pode ensejar a falsa percepção de que a função advocatícia se esgota nas instâncias judiciais.

Entretanto, o exercício da profissão prevê a sua concretização não só pelo caminho processual, mas também por outros meios (extrajudiciais, consultivos, etc.), os quais passam pela participação da construção da justiça social, através de uma conduta de dedicação desse profissional a defender direitos e garantias fundamentais. De acordo com Porto (2011, p. 05), o advogado é profissional que detém grande responsabilidade dentro da sociedade, vez que o seu conhecimento técnico lhe permite influir sobremaneira na vida de cada indivíduo.

Por isso, não é só a administração da justiça que prescinde do advogado, mas também o Estado Democrático de Direito e a pacificação social. Trata-se, em verdade, de profissão que extravasa a fronteira do direito, podendo ser considerada uma atividade político-social, um *munus* público de necessário cunho ético⁴¹. De fato, a pesquisa de campo demonstrou que a concepção que os entrevistados possuem do perfil da advocacia familiarista (habilidades, competências, experiências, etc.) passa por ideais que buscam a concretização da função social do advogado.

De acordo com Clara: “[...] porque o advogado não só quer resolver aquele problema processual, como a gente também sabe que se pegar do cerne da questão, dos primórdios daquele problema, tu consegue resolver e não só a questão processual”. Portanto, os sujeitos participantes da pesquisa demonstraram preocupação em não apenas resolver questões processuais (lide processual), tratando o direito como mera

⁴⁰ COELHO, Marcos Vinícius. OAB critica “recorde” do Brasil em cursos de Direito. [22 de janeiro de 2014]. Brasília: *Congresso em foco*. Entrevista concedida a Edson Sardinha e Mario Coelho. <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-recordista-de-cursos-de-direito-no-mundo/>>. Acesso em 07 de agosto de 2017.

⁴¹ Além de algumas previsões constitucionais, a profissão é devidamente regulamentada pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - Lei nº 8.906/94 – e pelo Código e Disciplina da OAB - Resolução nº. 2/2015.

técnica, mas sim materializá-lo, dando visibilidade aos anseios das pessoas, o que Clara refere como “*primórdios daquele problema*” (conflituosidade intersubjetiva).

3.1.1 O perfil do advogado familiarista: orientador e solucionador de problemas

O advogado, geralmente, é o primeiro profissional procurado a auxiliar os envolvidos em qualquer espécie de conflito que não consegue ser gerido dentro do âmbito familiar, tornando-se necessária a busca por respostas jurídicas. Quando a família em questão não possui condições financeiras busca, geralmente, o auxílio de serviços gratuitos, o que na comarca de Rio Grande é disponibilizado pela Defensoria Pública do Estado e pelos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito da cidade (FURG e Anhanguera). Ao passo que as famílias que possuem melhor condição econômico-financeira podem optar por pagar um advogado particular.

Entretanto, independentemente da forma como esse advogado é contratado, o relacionamento entre cliente e advogado baseia-se numa confiança recíproca. Esse é o elemento que estabelece e sustenta essa relação: a crença de que o advogado irá melhor patrocinar os interesses do seu cliente, tanto que a quebra na confiabilidade possibilita a revogação do contrato de honorários e impõe a renúncia do mandato como dever ético⁴².

Ademais, é de responsabilidade do advogado a forma como irá conduzir o “acontecer” (e não um acontecimento – como um processo e não algo acabado) do conflito. No campo do direito de família, a maneira como esse profissional dirige o conflito e a relação com seu cliente pode ser determinante. Por isso, comumente houve-se a máxima de que o advogado que atua com Direito de família precisa ser, além de jurista, um pouco de psicólogo.

Exemplificativamente, Rolf Madaleno (2007) afirmou, em entrevista ao Jornal da Ordem, que: “*Esse é um campo de atuação para advogados que gostam das relações humanas e têm paciência para escutar. É um misto de professor e psicólogo*” (grifo original). E ainda complementa: “[...] *um advogado de Direito de Família tem um perfil diferenciado. O profissional que atua nessa área precisa ser uma pessoa sensível, com um perfil apropriado*” (grifo original).

⁴² Nesse sentido, artigo 10 do Código de Ética e Disciplina da OAB, artigos 111 e 112 do Código de Processo Civil, bem como STJ, REsp 1346171.

A maioria dos sujeitos entrevistados (nove entre dez advogados) confirma que é preciso um perfil diferenciado – se comparado com outras áreas do direito - para atuar com a demanda familiarista. Maria, uma das advogadas entrevistadas, pondera: *“Eu acho que o direito de família a criatura tem que ter um pouco de padre, um pouco de psicólogo, um pouco de médico, um pouco de mãe, um pouco de pai, tem que ter um pouco de tudo isso para conseguir segurar o direito de família”*. Ao passo que, a única entrevistada que discordou disso, Joana, afirmou que em qualquer área do direito o advogado atua como uma espécie de psicólogo: *“Na verdade, o advogado para qualquer causa tem que ser um psicólogo. Às vezes tu não quer né, mas por menos que tu queiras, as pessoas te veem nessa situação”*.

Verificou-se que a disseminação dessa concepção de singularidade do perfil entre os profissionais se deve ao fato de compreenderem que, por se tratar de uma área que lida diretamente com relações humanas, certas características e habilidades são frequentemente exigidas. Frases como: *“tu tem que ter jogo de cintura para trabalhar com família”*, *“a gente tem que ter um preparo psicológico bem grande”*, *“É muito sentimento e às vezes tu choras com o cliente”*, *“tu entra muito na questão pessoal do cliente”* e *“eu tenho determinados clientes que eu noto que eles vêm aqui procurando mais uma sessão de análise do que uma solução jurídica”*, surgiram e denotaram essa percepção do grupo de que é preciso maior sensibilidade para atuar na área.

Contudo, os motivos para esse ideário variam. Por exemplo, alguns entendem que essa particularidade se deve ao fato de haver maior exigência de sensibilidade por parte do profissional; outros a compreendem como sinônimo de detenção de maior paciência ou de capacidade em apaziguar as situações, não fomentando os conflitos e tendo cuidado no direcionamento (orientação) do cliente; e apenas uma entrevistada referiu a exigência de algum conhecimento de psicologia e do desenvolvimento de empatia pelas pessoas.

Segundo Maria: *“Eu acho que é imprescindível que essa pessoa tenha alguma noção, não precisa fazer psicologia, como ter que sair estudando enlouquecidamente, mas eu acho que ela tem que ter alguma visão que não seja só, só, só do direito porque ela vai se perder se ela ficar só no direito”*. E complementa: *“E no direito de família tu pega muito, as pessoas estão muito sensibilizadas. Tu tens que ter, acho que isso é o principal, uma capacidade de empatia”*.

A empatia é um dos fundamentos da mediação e da comunicação não violenta (CNV), a qual se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que reformulam a

forma na qual as pessoas se expressam e ouvem as outras, em vez de se basear em reações repetitivas e automáticas, tornando-a consciente, respeitosa e empática (ROSENBERG, 2006, p. 20-21). Usualmente, associa-se a empatia com a capacidade de se colocar no lugar dos outros. Entretanto, de acordo Krznaric (2015, p. 20), empatia não é caridade, nem sacrifício pessoal, mas uma consciência, em permanente evolução, de que os nossos interesses e necessidades podem não ser os mesmos dos outros.

Salienta-se, então, que todos os entrevistados confirmaram a percepção de que é preciso ser “um pouco psicólogo” enquanto advogado familiarista. No entanto, não no sentido de aplicador de técnicas psicoterapêuticas ou de detentor de conhecimento dessa área do saber, mas sim na medida em que precisa ser empático, ouvinte, apaziguador e etc. Júlia elucida isso dizendo que, minutos antes da entrevista, um cliente seu havia telefonado porque, apesar de ter a concessão judicial para pegar a filha para passar o final de semana, sua ex-esposa havia proibido a visitação porque ele teria tirado a tela da janela do segundo andar.

A entrevistada Júlia referiu que precisou explicar que o direito do seu cliente existia, mas que a mãe tinha razões para se preocupar com a segurança da filha. Em suas palavras: *“Então assim, ele é o meu cliente, mas eu tenho que analisar as duas situações. E infelizmente um advogado que tá acostumado a lidar com contratos, com trabalhista, previdenciário, sem discriminar, mas assim, eles são mais práticos né. Então o que eles pensariam nessa situação? Não, a juíza determinou o teu direito de visita e ponto. Vai cumprir se não já vou... vai tomar outras medidas drásticas. E a gente tem que ponderar, tem que ter essa sensibilidade e dizer ‘Não, olha só, nesse aspecto ela tem razão porque a filha de vocês é pequenininha. Num piscar de olhos a criança vai e tal. Então é realmente muito perigoso’. Então, a gente tem que ponderar”*.

Assim, a partir das representações extraídas, pode-se afirmar que, mais do que a concepção de que precisam ter um “viés” de psicólogo, os entrevistados compreendem que funcionam como uma espécie de orientador e solucionador dos problemas de seus clientes. Por exemplo, Joana afirma: *“[...] e tu, às vezes, tá numa posição que tu deve orientar a pessoa. Aí tu tá agindo como... mais até do que uma psicóloga, como um orientador. Tu tentas pelo menos né, tem vezes que tu não consegue. Já disse para vários clientes meus ‘Não entra com este processo’. Teimou, entrou e não deu em nada. É complicado. O livre arbítrio funciona também entre os clientes, eles não ouvem a gente 100%”*.

Além disso, se enxergam como orientadores porquanto afirmam que, muitas vezes, precisam desvendar o que seus clientes querem, no sentido de que em diversos relatos mencionaram que, não raro, as pessoas os procuram sem saber o que realmente desejam⁴³. Segundo Beatriz: “[...] às vezes tu vê que a lei te diz uma coisa, o código te diz uma coisa e, claro, segue aquilo ali, mas é diferente, tu tem que fazer se adaptar, tu tem que fazer aquela pessoa ali entender. Não é? A prática é realmente diferente do que está escrito, as vezes não tem como levar em regra aquela prática ali né”.

A orientação também é atribuída em razão da necessidade de ter de fazer com que seus clientes entendam a lei para que consiga adaptar suas realidades a norma. Maria refere que: “o direito de família é muito simples. O direito. Não estou falando as situações, tô falando só o direito si. É alguma coisa que não tem nada de difícil [...] Não encontro questões de alta, altíssima indagação, ainda que todo o direito, todas as áreas do direito tenham né. Mas eu acho que o direito de família não é uma coisa tão difícil assim. E, no entanto, eu vejo a dificuldade que as pessoas têm de fazer aquilo que é escancarado”.

Compreendem, então, que no campo do direito de família, muitas vezes, a legislação pode estipular determinada solução para aquele caso, mas, na realidade, aquilo pode ser de difícil aplicação. Logo, essa “pouca complexidade do direito em si”, das normas em direito de família, não se reflete nas práticas de justiça, pois, na realidade, há dificuldade em se efetivar o que é normatizado. Isso se deve a diversos motivos, que abrangem razões econômicas e financeiras, até características das partes – como mágoa, beligerância, relações de poder (prevalhecimento de uma parte sobre a outra) -, ou peculiaridades do caso concreto e etc.

O advogado familiarista, portanto, é considerado como um “solucionador de problemas”, porquanto afirmam que seus clientes transferem a responsabilidade e esperança de resolverem todos os conflitos e problemas referentes aquele caso. Corroborando essa percepção, Maria menciona: “E na verdade o que é um advogado? Um advogado é alguém que vem aqui para tentar diminuir o problema da parte, do cliente, seja da forma que for”.

Conforme Valverde (2015, p. 94), compete ao advogado transmitir àquele a quem representa sua perspectiva de êxito e de fixação do risco, além de estabelecer sua estratégia e, acima de tudo, aconselhar o cliente quanto a perseguir ou não determinado

⁴³ Essa particularidade das partes será explorada no tópico da característica das partes sob a ótica dos advogados.

objetivo. É sua função informar os riscos e consequências das pretensões de seus clientes, bem como desaconselhar lides temerárias, a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica (artigos 2º, VI, e 9º do Código de ética e disciplina da OAB). Nessa perspectiva, Ana, outra advogada entrevistada, afirma: “[...] *além de tu teres que ter muita sensibilidade, tem que ter muito cuidado na orientação da pessoa e nas possibilidades reais de êxito ou não êxito do que a pessoa tem*”.

Desta forma, constata-se que a concepção do perfil que os advogados traçam de si vai ao encontro da função social⁴⁴. Igualmente, está intimamente correlacionada com a ideia que possuem acerca do padrão das demandas familiaristas e dos jurisdicionados das varas de família, a seguir analisados.

3.1.2 “Le retour des sentiments”

A expressão “le retour des sentiments” (o retorno de sentimentos), foi cunhada por Erik Jayme (2003), para explicar os reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado. Esse autor destaca quatro elementos da cultura pós-moderna que tem reflexos para o direito: o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno de sentimentos.

Na era pós-moderna, em que vige o ceticismo do positivo e a insuficiência do modelo tradicional familiar (patriarcal burguês), esses elementos significam o *revival* dos direitos humanos. Ou seja, o renascimento dos direitos humanos como “normas fundamentais” que buscam um novo papel social no direito privado: protetor do indivíduo e inibidor de arbitrariedade (MARQUES; CHAPAUZ; VITÓRIA, 1999, p. 26).

Assim, o retorno de sentimentos implica a presença da emocionalidade nos discursos jurídicos. Apesar de ter sido identificado no âmbito do direito internacional privado, pode ser aplicado em outros ramos do direito, precipuamente no direito de família. Segundo Bittar (2008, p. 101) a constatação da insuficiência do discurso moderno é a base para o desenvolvimento de uma crítica que recupera o lugar do afeto como categoria epistêmica valiosa e socialmente relevante.

⁴⁴ Vide a parte final do tópico referente à advocacia, no qual se explicita que as funções do advogado vão além da resolução de questões processuais.

Dessa maneira, essa ideia de “retorno de sentimentos” vai ao encontro do fenômeno da repersonalização das relações de família, das relações civis, na medida em que significa a valorização do interesse da pessoa humana acima de qualquer interesse patrimonial. Em outras palavras: “É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito” (LÔBO, 2011, p. 22).

Por conseguinte, “le retour des sentiments” quer dizer que os discursos, tanto normativos quanto jurisprudenciais, começam a ser permeados por elementos até então estranhos ao mundo jurídico. Portanto, na medida em que são intermediados pela emoção, passa de uma narrativa individual, diferente para cada sujeito, para a universalidade dos sentimentos, comum a qualquer ser humano (SIMIONI, 2015, p. 136).

Nesse sentido, é que emerge a questão do afeto como valor jurídico fundamental e como fator determinante para que se caracterize uma família. A afetividade, no Direito de Família, despontou como fundamento para a análise das relações familiares na doutrina e jurisprudência, numa clara demonstração da presença da emocionalidade nos discursos jurídicos (“le retour des sentiments”). De acordo com Dias (2016):

É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente à vontade, enquanto o traço diferenciador do direito de família é o afeto. (DIAS, 2016, p. 43).

O elemento anímico afeto pode ser empegado no campo do Direito de Família no sentido de dar a ideia de afeição entre pessoas para formar uma família, como um direito a ser reconhecido. Contudo, afetividade e afeto não se confundem.

Lôbo (2011, p. 29) destaca que o afeto é um fato social e psicológico. No entanto, não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao Direito, mas sim as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas.

Logo, consoante Tartuce (2013), o princípio da afetividade, para o direito, é a maneira que este encontrou de suprir a carência que o afeto deixa quando não está presente nas relações interpessoais. Trata-se de um princípio que reúne todos os demais

norteadores do direito de família, como a solidariedade, a convivência familiar, a igualdade entre os cônjuges, etc.

Trata-se, portanto, de um valor metajurídico, fundamentalmente moral, que adentra as relações sociais para se requalificar no âmbito jurídico por meio do princípio da afetividade, dando objetividade à subjetividade das relações familiares. De tal modo, a afetividade passa a ser apontada como princípio do Direito de família e função primordial das entidades familiares contemporâneas, não se confundindo com o afeto (fato psíquico), pois pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações (LÔBO, 2011, p.71). Isto é, a afetividade é um dever imposto aos pais em relação aos filhos e vice-versa, ainda que haja desamor entre eles.

Dessa forma, o princípio da afetividade, implícito na Constituição e previsto no artigo 1.593 do Código Civil, não é sinônimo da obrigatoriedade de amor nas relações familiares. Diz respeito à primazia das relações socioafetivas quando em colisão com laços biológicos ou eventuais considerações patrimoniais. Trata-se de corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) e da solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal). Em vista disso, aspectos ligados ao sangue, nome e patrimônio cedem lugar, paulatinamente, a esta nova concepção de família mais autêntica (BRAUNER, 2001, p.11).

Contudo, em que pese à valorização do afeto, advinda da presença da emocionalidade nos discursos jurídicos e da suposta “dessacralização da família” (MADALENO, 2011, p. 35), é preciso “desdramatizá-lo” ou “não romantizá-lo”, o que parece ser desconsiderado pela doutrina e pelas práticas de justiça. O termo “desdramatização” é empregado no sentido de ressaltar que apesar de o Direito de Família pautar suas premissas no sentimento de afeto, deve basear-se em princípios como os da responsabilidade, da comunhão de vida e da colaboração, acima de qualquer verdade biológica, cultural ou escolhas individuais.

Além disso, “desdramatizá-lo” também implica em reconhecer que a noção jurídica da afetividade não observa as variações das situações concretas porque é enviesada e toma por referência como um *standart* mínimo, fundado em um *ethos* particular e numa ética de classe média, próprios dos agentes jurídicos e dos “pensadores” do campo acadêmico do direito (SIMIONI, 2015, p. 136). E isso pode acabar gerando simplificações e moralidades hierarquizadas acerca das expectativas de determinadas pessoas (leigas) e dos próprios profissionais do direito sobre o que é família.

Ora, “a família é uma espécie de codinome que utilizamos meio frouxamente para uma entidade que tem significados muito diferentes em diferentes lugares e em épocas distintas” (CORRÊA, 1998, p. 40). Ao tomar por referência esse *ethos* particular, está-se reforçando a idealização de uma “família pensada” (imaginada/simbólica) e não da “família vivida” (real)⁴⁵.

Consequentemente, a noção de afetividade na pós-modernidade, ou seja, da emocionalidade nos discursos jurídicos, reproduz uma falsa compreensão de família como também de afeto, porque permeia os discursos jurídicos consubstanciados em um padrão produzido em moldes que não abarcam uma maioria (a família vivida). Apesar de ter o intuito de humanizar o direito, dando um “quê” de romantismo à matéria, acaba fazendo “mais do mesmo”, porquanto repercute a lógica da propagação de conceitos vazios de compreensão e de conformidade com a realidade, supervalorizados e idealizados.

Logo, essa romantização traveste o direito de família numa moralidade do afeto, que é reconhecida e multiplicada por esses agentes jurídicos como verdade absoluta e correta, mas que se tornaram tão rotineiras (familiares) que há muito não são discutidas, refletidas e pressupostas (FLICK, 2009, p. 114). Além disso, colabora para a corriqueira confusão entre o direito pessoal e o patrimonial no direito familiarista, pois apesar de o caráter patrimonialista do direito de família ter cedido espaço para as relações pessoais de afeto, nos processos judiciais, há ainda muita confusão.

Como bem questiona Zarias (2008, p. 253), “Qual é a medida econômica e afetiva do direito? É possível separar o patrimonial do afetivo na esfera das relações familiares?”. Segundo esse autor, muito do que hoje é submetido à lógica do afeto foi introduzido pela lógica econômica, de maneira que em demandas judiciais familiaristas essa mistura, troca ou confusão entre o afetivo e o econômico, pode-se dar em diferentes sentidos: do afetivo ao econômico ou do econômico ao afetivo (ZARIAS, 2008, p. 253).

No primeiro sentido, procura-se investir o processo judicial de uma carga emotiva capaz de favorecer compensações econômicas. Ao passo que no segundo sentido é ao contrário, os envolvidos se valem de obrigações patrimoniais para se vincularem afetivamente. O principal exemplo de confusão ou mistura entre o plano patrimonial e pessoal – nos dois sentidos supramencionados - se observa em processos de regulamentação de visitas. Nas palavras de Zarias (2008):

⁴⁵ Essas denominações foram extraídas do estudo de Szymanski (1998, p. 12).

De todos os processos judiciais, a regulamentação de visitas e os alimentos aos filhos são os que melhor representam a confusão que existe entre direito pessoal e direito patrimonial. É comum as pessoas vincularem um tipo de processo ao outro, isto é, que só pode visitar o pai que lhe paga pensão. Por isso, muitas mulheres detentoras da guarda do menor impedem o pai de fazer visita ou de ficar com a criança nos finais de semana. [...] Também são frequentes os casos em que os pais deixam de pagar os alimentos e, conseqüentemente, param de visitar os filhos. E é dessa confusão que muitas mulheres se valem das obrigações patrimoniais para vincularem afetivamente os filhos ao pai biológico. Certas de que os alimentos implicam num regime de visitação, muitas mulheres se decepcionam quando há o pagamento da pensão devida, porém sem que as visitas sejam realizadas (ZARIAS, 2008, p. 256).

Nesse sentido, a pesquisa de campo confirma essa romantização e confusão/mistura entre patrimonial e pessoal. Ao serem indagados se compreendiam o afeto como categoria jurídica, os advogados entrevistados demonstraram dificuldades em explicar suas concepções, externando não só uma visão romântica, mas simplista acerca do tema.

Nove advogados afirmaram compreender o afeto como valor jurídico, mas apresentaram embaraço em justificar e detalhar seus motivos para tanto, sendo que apenas Joana discordou não o reconhecendo como categoria jurídica. De acordo com Joana, o afeto é inerente ao ser humano e não uma categoria jurídica, não havendo como obrigar alguém a ter afeto. Em suas palavras: *“Eu acho que o afeto é inerente a pessoa, não tem nada a ver com a lei porque uma coisa que a gente diz muito para as outras pessoas é que o direito é legal, ele não é justo. Então, nisso aí eu acho que eu te encerro essa questão”*.

Percebe-se que o que essa agente jurídica reflete é uma visão do afeto como elemento anímico e moral (relacionado a sentimentos como amor), bem como a mistura entre o patrimonial com o pessoal, na medida em que, concebendo-o como elemento pertencente à esfera anímica e moral (amor x desamor), não o reconhece enquanto princípio aplicável às relações sociais que ensejam a incidência de normas jurídicas. Ao passo que os demais nove entrevistados, investidos da moralidade do afeto, não conseguiam explicar o que entendiam como afetividade e porque a compreendiam como valor jurídico.

Nesse sentido, três advogados apenas conseguiram justificar suas opiniões utilizando exemplos para demonstrar a presença do afeto no campo do direito de família - como decisões de reconhecimento de paternidade socioafetiva, adoção à brasileira, argumentos de socioafetividade em caso de defesa em ação de extinção de paternidade, etc. Muitos se limitaram em reconhecer a sua relevância nas relações familiares, mas

sem desenvolver seus pontos de vista. Apenas Luiza respondeu que: “*Acho que a questão do afeto é importante sim*”.

Outros se restringiram em referi-lo como balizador de julgamentos e do direito material. De acordo com Maria: “*Em absoluto, dentro do direito de família não há como julgar desprezando o afeto. Não há. [...] Mas acho que talvez essa seja a maior diferença do direito de família. E esse elemento que não existe como balizador de nenhum outro ramo do direito e que no direito de família ele é essencial*”.

Ademais, outras duas advogadas responderam a partir de sua conduta enquanto profissional, que se envolve com os processos, e não propriamente explicando porque o reconhecem como categoria jurídica, parecendo, assim, desconhecer a temática. Nas palavras de Beatriz: “*Sim, porque se não acho que não anda, na família não anda. Eu não me vejo, eu acho que é impossível viver fria em relação a um processo. Eu não consigo, pode até ter advogado que consiga, que seja frio, que é ou não é, entendeu. Eu não consigo trabalhar na vara de família como eu trabalho no (direito) trabalho entendes? Acho que no trabalho é aquilo, é aquilo. Na família não, envolve tanta coisa. Não tem como tu não ter afeto. Não tem como*”.

Portanto, se vislumbrou a presença da emocionalidade em seus discursos e de um ideário entre os advogados que confunde afeto - elemento anímico e moral - e afetividade. Aparentaram dificuldade em distinguir conduta afetiva do princípio da afetividade e, por isso, suas respostas demonstraram a propagação de generalizações entre esses agentes jurídicos. Suas percepções morais e idealizações acerca das expectativas sobre o que é família refletem-se no senso comum de que a mesma precisa ter afeto para existir, mas que não dá para obrigar alguém a ter afeto. Nesse seguimento, é que emerge a perspectiva de que o direito de família é uma área *sui generis* se comparada com outros ramos do direito.

3.2 “Tudo na família é diferente”⁴⁶

Quando se fala em conflitos familiares, a percepção que rege os advogados entrevistados é a de que essas demandas são complexas, na medida em que são pautadas nas experiências e relações do dia a dia, do íntimo e cotidiano das pessoas. Isso pode se dar ao fato de que, conforme Sarti (2004, p. 15), a família é o espaço social onde se

⁴⁶ Título inspirado na fala de uma das entrevistadas.

realizam os fatos da vida vinculados ao corpo biológico, como o nascimento, a amamentação, o crescimento, o acasalamento, o envelhecimento e a morte. (SARTI, 2004, p. 15).

Assim, nove dos advogados entrevistados consideram a demanda familiarista diferenciada e apenas Joana discorda disso, afirmando que: *“Não acho, não acho. Para mim, cliente é cliente. Independente da área que eu tô atuando, independente se me paga ou não”*.

Os entrevistados que consideram essas demandas diferenciadas descrevem que são conflitos que possuem diversas nuances. Como as relações familiares são construídas, na maioria dos casos, em um ambiente de relações continuadas, ao sofrerem uma ruptura (seja qual for: divórcio, morte, falta de diálogo, etc.), não raro exigem a reflexão acerca de uma pauta subjetiva, permeada de emoções e sentimentos envolvidos.

Por isso, os entrevistados relatam que, ao contrário de outros tipos de conflitos, os vividos no âmbito familiar exigem maior zelo e atendimento diferenciado ao cliente e ao acompanhamento do processo. No entanto, como o tema de suas compreensões acerca dos conflitos familiares judicializados foi abordado por meio de uma pergunta aberta, as respostas não seguiram um mesmo padrão.

Apesar disso, quase todos os entrevistados fundamentaram suas concepções em torno de justificativas como: a presença de sentimentos e emocionalidade, o fato de envolverem questões que vão além do processo, a necessidade de atuarem de forma diferente das outras áreas que trabalham e etc. Percebe-se, então, que essas justificativas estão intimamente ligadas e correlacionadas, na medida em que externam o entendimento de que são demandas complexas, mas, sobretudo, envolvem referências pessoais dos agentes jurídicos acerca da temática, pois, como bem descreve Sarti (2004):

Quando se trabalha com famílias, tanto cientistas sociais, quanto psicólogos, médicos, educadores e outros profissionais enfrentam um primeiro problema: o de identificar a noção de família com suas referências pessoais. [...] Nos temas referentes à família, há uma tendência ao etnocentrismo, maior ainda da que habitualmente existe em outros assuntos: olha-se para o outro a partir das próprias referências, espelhando a realidade exterior naquilo que é “familiar”, sem enxergá-la em sua maneira de se explicar a si mesma. Traduz-se o estranho em termos “familiares”, o que impede o movimento de estranhamento necessário para relativizar nosso próprio olhar (SARTI, 2004, p. 16).

Em uma tentativa de tornar “familiar” uma narrativa sobre um conflito, em princípio, estranho, alguns entrevistados buscaram demonstrar a complexidade dessas demandas através de comparações com outras áreas do direito. Por exemplo, três entrevistadas fizeram comparações com o direito do trabalho, a fim de diferenciar o direito de família e mostrar que é um campo não objetivo, pois convive com sentimentos.

Conseqüentemente, segundo seus relatos, exige atendimento diferenciado por trabalhar com questões mais complexas. De acordo Martha: *“Acho, acho que até o atendimento do cliente da área de família é diferente. Não sei se talvez no vínculo, no direito do trabalho, a gente atue mais com o empregador do que com o empregado, [...] o contato com o empregador é diferente. A forma de abertura, a formalização, tudo é diferente. E na família não, ontem mesmo, essa semana, a gente foi atender e brigaram aqui, entende? Tudo, na família, é diferente”*.

Por outro lado, outros seis entrevistados referiram que são demandas que atuam com valores que vão além do direito, por envolverem questões psicológicas e emocionais. Segundo Maria: *“Para o direito, se um realmente trabalhou mais em casa do que o outro, se o outro nunca trocou a fralda do filho, se o outro se apaixonou e traiu, isso não tem nenhum valor para o direito em si, para o julgamento da demanda. No entanto, são esses os valores que as pessoas levam pra serem pesados, avaliados, julgados nas varas de família. Todos eles travestidos em quem vai deter a guarda, quem vai visitar, quem vai ter a companhia, quem vai passar as férias, qual vai ser a divisão do patrimônio, quem fica com o cachorro. Então é totalmente diferente”*.

Logo, a afirmação de que alguns valores intrínsecos àquele sistema familiar são “travestidos” pelos pedidos jurídicos daquela determinada ação se deve a percepção de que, em se tratando de âmbito familiar, a subjetividade marca o conflito e, conseqüentemente, o processo de uma forma bastante intensa (LOBO; PELAJO, 2016, p. 451)⁴⁷. Essa característica é enunciada pelos entrevistados como processos judiciais de natureza peculiar porquanto exigem maior envolvimento com o cliente e cuidado para não fomentar o conflito se confrontado com lides que tratam apenas de matéria de direito.

Nesse sentido, o entrevistado João afirma que: *“Então a gente tem esse*

⁴⁷ Sabe-se que a mágoa e outros sentimentos também podem vir “travestidos” em pedidos de outros campos do direito, assim como o objetivo de vingança privada, mas a essa dissertação importa tratar sobre essas características na área que abrange o direito de família.

envolvimento até psicológico com as pessoas que vem no escritório”. E Ana aponta que o advogado familiarista não pode fomentar o conflito: *“Então tem que ter todo um cuidado, até no momento em que tu, até a maneira como tu vai usar a entonação da tua voz pra ter certeza de que tu não vai incentivar um conflito desnecessário ou criando uma expectativa na pessoa de que ela vai obter um resultado que não é um resultado que o direito propõe. Acho que sim, que é bem diferente de tudo”*.

Nessa perspectiva, Scott e Sezne (2011, p. 07) descrevem que os advogados têm: “[...] percebido que os processos de família necessitam de uma intervenção diferenciada, pois se trata de uma grande gama de configurações, conflitos e embates”. Isso é percebido pelos próprios entrevistados, dado que verificam que o conflito familiar acaba por lhe exigir sensibilidade e paciência. Nas palavras de Júlia: *“Porque a gente lida com sentimentos extremos, com o mais íntimo na vida de uma pessoa, tu entra literalmente na vida das pessoas né. [...] E tu tem que ter essa sensibilidade, tu tem que ter paciência, tu tem que ter...”*.

Ademais, todos os relatos externaram, de diferentes modos, que o advogado, muitas vezes, não está preparado para lidar com o conteúdo do direito de família, visto que sua formação é mais técnica e objetiva. A família, enquanto sistema formado pela união de pessoas vinculadas por laços de afinidade e comprometimento, se mostra totalmente complexa e predominantemente subjetiva, o que torna limitado que uma disciplina isolada – a jurídica - consiga compreendê-la e auxiliá-la satisfatoriamente.

Fragmentar as disciplinas que englobam um conflito não dá conta da complexidade da realidade. Afinal: *“as coisas não são separadas. Daí a necessidade de se pensar uma multidisciplinariedade, e uma interdisciplinariedade, e uma transdisciplinariedade”* (ROSENBLATT; MARTINS, 2016, p. 140). Nessa acepção, a entrevistada Luiza chegou a descrever que os atendimentos jurídicos em conflitos familiares demandam a comunicação com outras áreas do saber: *“Acho. [...] eu acho que falta outros profissionais de outras áreas. De assistência social, de psicologia, junto com o atendimento jurídico porque normalmente as pessoas querem que tu resolvas o que tu não podes resolver.”*

Quando essa advogada refere que as pessoas *“querem que tu resolvas o que tu não podes resolver”*, constata-se que há nuances do que será melhor abordado a seguir, tais como as características das partes sob o viés dos entrevistados, a questão da implicação das partes e da cultura do modelo adversarial binário. No entanto, o que se percebe é que esse relato demonstra a compreensão da complexidade dos conflitos

familiares, os quais exigem experiências relacionais, e, como dito reiteradamente pelos advogados, extrapola questões meramente jurídicas, demandando um atendimento inter ou transdisciplinar.

Ademais, também requer do advogado o discernimento de que o indivíduo que está ali procurando auxílio jurídico – e que muitas vezes necessita de mais do que isso, como ser ouvido, desabafar e ser tranquilizado, como se destacará a seguir -, além de ser parte de um conflito familiar judicializado é, antes disso, membro de uma família. É membro de uma relação que precisa, minimamente, continuar funcionando apesar dos conflitos. Deste modo, torna-se relevante compreender algumas características dos envolvidos em conflitos familiares judicializados sob o viés dos agentes jurídicos estudados.

3.2.1 Características das partes sob a ótica dos advogados

A praxe aponta que são as mulheres as protagonistas dos processos nas varas de família e sucessões, seja como autoras, seja como representantes de seus filhos (ZARIAS, 2008; SIMIONI, 2015). Em sua maioria, por estarem em situação de vulnerabilidade econômica, buscam os serviços públicos de assessoria jurídica. Conseqüentemente, como o trabalho de campo privilegiou o estudo no âmbito dos serviços jurídicos privados, percebeu-se que a clientela atendida por esses profissionais é bastante distinta da realidade de vulnerabilidade dos serviços públicos de assessoria jurídica.

Assim, o que se verificou foi um equilíbrio entre clientes homens e mulheres atendidos pelos agentes jurídicos entrevistados. Quatro advogadas disseram atender mais mulheres, duas afirmaram atender mais homens, ao passo que os quatro demais entrevistados informaram que não há discrepância significativa no que tange ao número de clientes mulheres ou homens que atendem. Pelo contrário, como refere João, “*É parêlho. É bem parêlho*”.

Ademais, como o conjunto dos advogados entrevistados atuam no âmbito privado, questões acerca de dificuldade financeira dos clientes atendidos não foram levantadas diretamente, enquanto característica das partes, mas somente quando relacionadas com o exercício da profissão. Portanto, constatou-se que os entrevistados atendem um perfil de clientes diferentes daqueles que são assistidos pelas defensorias públicas ou pelos núcleos das faculdades de direito (os quais assessoram população que

recebe renda de até três salários mínimos).

Apesar disso, em três casos foi mencionada, indiretamente, a dificuldade financeira da clientela atendida, embora não tenham chegado a esmiuçar o fator financeiro, enquanto peculiaridades dos clientes, mas se referiram a essa característica ao tratarem sobre o perfil da advocacia familiarista. No primeiro caso, Luiza relatou que atua como advogada no Escritório Modelo da FURG, núcleo de assistência da faculdade de direito dessa universidade, motivo pelo qual somente atende público de baixa renda. Já Maria explicitou que designa parte do escritório para o atendimento gratuito de alguns clientes. Apenas Vitória relata que a maioria de seus clientes é dissidente da Defensoria Pública.

Segundo Vitória: *“A maioria que vem aqui são pessoas que já buscaram, no caso, atendimento pela defensoria pública. Que eu creio faz um bom trabalho, mas elas se sentiram talvez pouco acolhidas, mas enfim o Estado não tem condições de dar o atendimento especializado para cada uma delas né”*. Igualmente, em mais de uma entrevista foi mencionado o fato de que se trata de área do direito menos rentável e na qual os advogados estão mais sujeitos a *“levar calote”*.

Por exemplo, Maria afirmou que: *“E tu levas muito calote. As pessoas não são, não todo mundo, tenho clientes maravilhosos são pessoas honestíssimas, mas tu te deparas muito com isso né”*. Joana ponderou que *“[...] vara de família eu acho que é a que menos te dá retorno financeiro porque a maioria não paga”*, ao explicitar que as genitoras dos menores, ao receberem os alimentos, em ações de fixação, revisionais ou execuções de alimentos, desaparecem após o primeiro depósito do pensionamento em suas contas.

Com relação às características comportamentais das partes, Antunes, Magalhães e Feres-Carneiro (2010) referem:

Nos sujeitos que protagonizam litígios familiares de longa duração, observam-se alguns aspectos comuns: alto grau de agressividade, postura refratária às intervenções, discurso baseado na lógica adversarial. E, frequentemente, esses sujeitos têm como objeto do pedido judicial, o filho. Ocorre que, no desenrolar do processo, emerge a conjugalidade conflituosa para a qual não há respostas no referencial normativo (ANTUNES; MAGALHÃES; FERES-CARNEIRO, 2010, p. 199).

Tais características foram comprovadas na pesquisa de campo, quando questionados sobre o comportamento das partes. Os advogados entrevistados trouxeram características e peculiaridades dos assistidos em demandas judiciais familiaristas, entre as quais a beligerância e emotividade. Segundo Joana: *“Ai eu acho que a maioria é*

beligerante, a maioria quer briga, a maioria quer se contrapor. Quer limitar o outro, a maioria é beligerante. É difícil eu conto nos dedos os que são tranquilos". Martha ressalta: *"Choro, acontece muito choro, tem um rapaz que sempre vem aqui e ele sempre vai chorar, sabe?"*.

Essas características – beligerância e emotividade estão muito próximas nesse campo do direito. Conforme Fisher, Ury e Patton (2005, p. 47-48): "As emoções de um lado geram emoções no outro. O medo pode gerar raiva, e a raiva, medo". Especialmente se considerarmos que os conflitos familiares envolvem mudanças diretas na vida dos envolvidos - seja em razão de um divórcio, de regulamentação de visitas ou de fixação de alimentos -, provocando as mais variadas reações, incluindo a combatividade, como reação mais primária do ser humano.

Fisher, Ury e Patton (2005, p. 47-48) aduzem que particularmente numa disputa acirrada, os sentimentos podem ser mais importantes do que as palavras. Talvez as partes estejam mais preparadas para uma batalha do que para elaborar conjuntamente uma solução para um problema comum. Nesse seguimento, surgem condutas de prevaecimento entre os envolvidos em conflitos familiares.

De acordo com Maria, a maioria dos casos de ruptura de enlaces conjugais que atende, acaba externando condutas de prevaecimento, ou seja, a superestima do poder de uma parte, a qual utiliza o confronto para tentar sobrepor suas opiniões e "razões", valendo-se da baixa autoestima da parte contrária, não se cingindo esse prevaecimento, portanto, a meros aspectos econômicos. Segundo essa agente, as partes: *"superestimam a capacidade do outro, normalmente a outra parte é muito mais forte, muito mais poderosa, ela vai conseguir. Tem alguns que chegam aqui achando que a outra parte vai conseguir inclusive comprar a ti como profissional, as fantasias são as mais variadas"*.

Nesse sentido, a fim de ressaltar a baixa autoestima dos clientes e a superestima do outro (parte contrária), bem como o fato de que os conflitos familiares consomem e desequilibram os envolvidos, Maria chega a utilizar como metáfora a UTI (Unidade de Terapia Intensiva), para o direito de família: *"É quase uma UTI, tu vê a pessoa chegar assim despencada, achando que, tudo é muito, muito, muito o fator autoestima das pessoas que chegam aqui. A maioria chega assim arrasada, achando que merece o que está acontecendo ou achando que é vítima, mas que aquilo é assim mesmo, que não vai ter muito que fazer"*.

De acordo com Lobo e Pelajo (2016, p. 451), qualquer conflito no seio familiar acaba por desestabilizar todo o grupo familiar, gerando angústia, ansiedade e polarização. Por isso, foram muito recorrentes frases como: *“Na maioria das vezes eles chegam aqui bem exaltados, bem exaltados”, “chegam muito inflamadas” e “Uma relação de posse, de ciúmes, disputas de poder, uma agressão do tipo utilizar o filho para agredir a esposa, utilizar os bens para agredir a esposa e vice-versa, a esposa é um exemplo”*.

Além disso, os sentimentos de desilusão e fracasso também apareceram como variáveis do perfil das partes. Assim, Beatriz expõe: *“Eu acho que vêm desiludidas, eu acho que não sei se algumas fracassadas né porque na verdade alguém se sente fracassado porque aquilo ali falhou, não foi adiante, culpa de alguém...”*. Essa percepção também é destacada por Antunes, Magalhães e Féres-Carneiro (2010) quando explicam que na pós-separação é vivenciado um luto, independente de quem promoveu a ruptura conjugal:

A separação conjugal promoveria um forte abalo no ego dos cônjuges, mesmo nas situações em que a iniciativa de separação se deveu a ambas as partes, assim como uma morte em vida: a morte da consciência de um dentro do outro. O sujeito sofreria com a vivência da morte do outro em sua consciência, mas sofreria ainda mais com a constatação de sua morte na consciência do outro, em razão de uma dor narcísica. Com a finalidade de conservar a vida (a do próprio ego), seria promovida uma destruição do outro na consciência, por meio do esquecimento, num processo defensivo do ego contra a catastrófica experiência de morte promovida pela separação. Mas, paradoxalmente, o esquecimento do outro levaria também a uma destruição da própria consciência, uma vez que o outro habita essa consciência e, dessa forma, o esquecimento estaria atuando como uma defesa, mas, ao mesmo tempo, como uma automutilação. (ANTUNES; MAGALHÃES; FÉRES-CARNEIRO, 2010, p. 205).

Assim, munidas por todos esses sentimentos, Fisher, Ury e Patton (2005) destacam que os envolvidos em conflitos familiaristas encaram o mundo a partir de uma perspectiva pessoal e egoísta, sujeitando-se a mal-entendidos, preocupando-se mais em atribuir culpa ao outro do que solucionar suas questões:

Por outro lado, as pessoas ficam zangadas, deprimidas, assustadas, hostis, frustradas, ofendidas. Elas têm egos facilmente ameaçáveis. Encaram o mundo a partir de sua própria perspectiva pessoal e frequentemente confundem suas percepções com a realidade. Rotineiramente, deixam de interpretar o que você diz tal como você pretende dizê-lo e não pretendem dizê-lo o que você entende. Os mal-entendidos reforçam o preconceito e levam a reações que produzem reações contrárias, num círculo vicioso; a investigação racional das soluções possíveis torna-se inviável e a negociação fracassada. A finalidade do jogo passa a ser a marcação de pontos, a confirmação de impressões negativas e a atribuição de culpa, à custa dos interesses substantivos de ambas as partes. (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 37).

Nesse sentido, a falta de comunicação e certa incapacidade de gerência dos conflitos também foram apontadas como corriqueira nessa espécie de demanda. A expressão “miséria humana” foi utilizada por Luiza para exemplificar justamente isso. Segundo essa entrevistada, durante atendimento no Escritório Modelo da FURG, ela brincou com seus alunos utilizando a expressão para referir o fato de que as pessoas não conseguem resolver seus problemas dentro de casa.

Nas palavras de Luiza: *“Bom, claro, no SAJ eu vi muito presente isso, eu até brincando com os alunos assim né, que fique claro foi em tom de brincadeira, que é a miséria humana. Não só pelo fato das pessoas serem logicamente mais pobres porque procuram um serviço de assistência judiciária, mas por isso, por as pessoas não conseguirem resolver dentro da casa delas os conflitos delas”*. Essa característica vai ao encontro de outra particularidade das partes relatada por Júlia, qual seja, a falta de comunicação.

Segundo Júlia: *“É falta de comunicação, mas não é nem somente a falta de comunicação. É imaturidade, pelo menos frente àquela situação, porque às vezes as pessoas conversam, mas mesmo assim não conseguem se entender porque não estão preparadas para aquilo. Porque não estão enxergando aquilo como deveriam enxergar, como poderiam de repente”*. No entanto, Júlia não compreende que comunicação envolve, além da fala, ouvir e ser ouvido. De fato, a imaturidade pode ser fator característico dos clientes que atende, mas *“enxergar aquilo como deveriam”* ou *“entender”* o que *“não estão preparadas”*, denota que há ruído na comunicação.

Fisher, Ury e Patton (2005, p. 51) explicam que há três grandes problemas na comunicação. O primeiro se dá quando as pessoas que conflitam desistem de falar entre si e passam a falar meramente para impressionar terceiros, de modo que em vez de tentarem convencer o parceiro a dar um passo mais construtivo, tentam induzir os espectadores a tomarem partidos.

O segundo ocorre quando o outro não presta atenção, mesmo que se tente falar direta e claramente: *“[...] você pode estar tão empenhado em pensar no que vai dizer a seguir, em como irá responder àquela última colocação ou em como irá estruturar seu próximo argumento, que se esquece de escutar o que o outro lado está dizendo agora”* (FISHER; URY; PATTON, 20005, p. 51). E o terceiro problema diz respeito aos mal-entendidos. O que um diz pode ser mal interpretado pelo outro.

Por fim, é preciso destacar outra característica apontada por quatro advogados: o fato de que os clientes não têm conhecimento de seus anseios (o que querem).

Desconhecem o que querem de fato – sentimentos e interesses -, ignorando não apenas pretensões jurídicas – em termos de objetivos -, mas toda a pauta subjetiva que emerge de um conflito familiar. E, por isso, não conhecem os sentimentos e percepções limitantes que impossibilitam uma avaliação sobre seus efeitos em relação ao conflito e as relações (MELLO, 2015, p. 01).

Nesse sentido, os agentes jurídicos entrevistados afirmaram: *“Porque às vezes o que as pessoas querem na verdade não é exatamente o que eles estão pedindo”*; *“Tu tem que saber exatamente o que a pessoa quer com a ação que ela está movendo”*; *“Às vezes tu vai atuar e vai saber que o que as pessoas querem na verdade não é necessariamente partilhar um bem, elas querem na verdade elas buscam vingança, elas buscam punir o outro, elas buscam diversos motivos que às vezes nem elas sabem”*; e *“As pessoas não te procuram sabendo qual a resposta que elas querem, elas querem uma ideia de qual pode ser a resposta. E a gente não pode direcionar para isso”*.

Conforme discorre Almeida (2014, p. 108), é comum os envolvidos em conflitos afirmarem que possuem tal pretensão, a qual, em verdade, é uma posição que, geralmente, pretendem, proteger/defender outros interesses que não são claramente revelados, ou nitidamente conhecidos, em um primeiro momento. Por isso, desvelar os interesses reais trajados por posições auxiliares nesse contexto.

Assim, Almeida (2014, p. 314) diferencia posições de interesses explicitando que as posições, via de regra, são polarizadas ou de aparência fortemente incompatível e costumam ter rigidez proporcional ao grau de litigância e à importância dada aos interesses reais que são por elas defendidos. Ao passo que os interesses vão além das posições, pois definem o problema, porque retratam as necessidades, os desejos e os temores que motivam a criação de posições rígidas. Em geral estão na fundamentação das ações e dos motivos das posições.

A ferramenta “organização de questões e interesses”, utilizada em sessões de mediação, se propõe justamente a isso. Apesar de se propor essa identificação e, por vezes, possuir efeitos terapêuticos, não é terapia. É utilizada para esclarecer e considerar as emoções com o objetivo de dar continuidade ao processo, contudo sem aprofundá-las. Inclusive, respeita formas diferentes dos mediados expor seus sentimentos, sem grandes provocações (MELLO, 2015, p. 01-02). Destarte, trabalhar nessa identificação é romper com a relação binária que caracteriza o enfrentamento polarizado (GORETTI, 2017, p. 170).

3.3 Estereótipos de gênero entre os advogados

Embora a apreciação de estereótipos de gênero nos discursos e percepções dos agentes jurídicos entrevistados não seja o objeto de análise dessa dissertação, se pretende revelar as concepções dos mesmos quando questionados se ser mulher ou homem (tanto como agente jurídico ou como mediando) fazia diferença nos processos de mediação. Trata-se de uma tentativa de explorar algumas problematizações advindas de questionamentos apresentados durante o processo de entrevista dos agentes jurídicos.

Dois entrevistados disseram não haver distinções e oito afirmaram que há. Todos justificaram suas posições relacionando aos processos em geral e não especificamente a temática da mediação.

As respostas do grupo entrevistado revelaram a perpetuação de estereótipos de gênero entre esses agentes jurídicos. Principalmente, a compreensão de que há uma tendência à defesa da mulher em demandas judiciais familiaristas e, conseqüentemente, de estigmatização dos homens, não só em casos de violência doméstica, mas, também nos processos familiares, em razão de uma “*presunção de que a companhia das crianças é sempre materna*”, conforme disse Maria.

Segundo Cook e Cusack (2010), atribuir estereótipos faz parte da natureza humana:

Es la forma en que categorizamos a las personas, con frecuencia inconscientemente, en grupos o tipos particulares, en parte para simplificar el mundo que nos rodea. Es el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membresía a un grupo particular. La asignación de estereotipos produce generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características o roles de quienes son miembros de un grupo social particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro (COOK; CUSACK, 2010, p. 01).

A categoria “estereótipo de gênero” abarca caracterizações, preconceções e generalizações sobre homens e mulheres, “sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir” (COOK; CUSACK, 2010, p. 11). Os relatos dos entrevistados refletem a compreensão de que “[...] *ser mulher ou ser homem é condição social*” (palavras da entrevistada Luiza).

Mais que isso, no que se refere às demandas familiaristas, suas narrativas expõem que os estereótipos passam pelas concepções de família dos próprios entrevistados. Como bem afirma Zarias (2008, p. 257): “Advogados, juízes e promotores fixam no processo os papéis de homens e mulheres segundo o que entendem por um bom pai, um bom marido, uma boa esposa, a mãe ideal, a família normal, etc.” (ZARIAS, 2008, p. 257).

A concepção de família pensada/simbólica e vivida/real é latente nos discursos e práticas jurídicas. Conforme Vitória, *“Existe toda uma outra história por de trás que a gente não conhece, que nunca vai conhecer. Que é a história pessoal dessas famílias, dessas pessoas que vem aqui”*.

A família pensada é um estereótipo referencial, um modelo, num corpo de regras sobre “como deveria ser” a família (nuclear burguesa – valor associado às camadas socioeconômicas médias e altas) (SZYMANSKI, 1998, p. 12). Pode ser resumida, conforme Szymanski (1998):

[...] como sendo uma união exclusiva de um homem e uma mulher, que se inicia por amor, com a esperança de que seja definitiva e que o destino lhes seja favorável. Há um compromisso de acolhimento e cuidado com as pessoas envolvidas e a expectativa de dar e receber afeto, principalmente em relação aos filhos. Isso tudo dentro de uma ordem e hierarquia de cunho patriarcal (SZYMANSKI, 1998, p. 13).

Em contrapartida, a família vivida é aquela do cotidiano das pessoas. Segundo Corrêa (1998, p. 41), para analisar a família é preciso, primeiro, reconhecer que, seja no que se refere a seus integrantes, seja no que diz respeito à sua forma (“nuclear”, “extensa”, “patriarcal”, “matriarcal”, etc.) ela tem as feições as mais diversas. E “o fato de estarmos acostumados a um tipo de família – o mais popularizado pelos meios de comunicação de nossa sociedade – não significa que ele seja o único existente, ou que tenha sido o mesmo desde sempre” (CORRÊA, 1998, p. 41).

Por isso, pode-se afirmar que há toda uma ordem simbólica por trás da família imaginada, ou seja, uma ordenação do mundo pelo significado que lhe é atribuído, segundo as regras da sociedade em que se vive (SARTI, 2004, p. 14). Programa-se como ideal essa imagem simbólica e, conforme Sarti (2004), esse discurso social se reflete nas diferentes famílias como um espelho:

Em cada caso, entretanto, há uma tradução desse discurso, que, por sua vez, devolverá ao mundo social sua imagem, filtrada pela singularidade das experiências vividas. Assim, cada família constrói seus mitos a partir do que ouve sobre si, do discurso externo internalizado, mas devolve um discurso

sobre si que contém também sua própria elaboração, objetivando sua experiência subjetiva. (SARTI, 2004, p. 14-15).

Como bem aponta Côrrea (1998, p. 39), a verdade é que a “concepção de família, em todas as sociedades, está estreitamente ligada ao que as pessoas entendem por casamento, alianças estabelecidas entre os grupos sociais de onde provêm os cônjuges, e por parentesco, isto é, a que grupos pertencemos ao nascer”. Essa pode ser apontada como uma das razões da recorrente propagação de estereótipos de gênero em processos familiaristas e na própria fala dos entrevistados.

Diz respeito não só a idealização da família, mas a cristalização de um discurso normativo de um “dever ser” ideal, numa espécie de referência positiva a partir da qual todo o resto - que não for uma família heterossexual ou patriarcal - torna-se “desvio” ou “anormalidade”, quando não, “patologia” (SARTI, 2004, p. 17). Nessa acepção, é que insurge o senso comum de que, em casos de separação, na família simbólica, os filhos devem ficar sob os cuidados das mães, enquanto “para os pais (homens), o cuidar dos filhos depois da separação mostrou-se como uma opção, mas, para a mulher, como um dever” (SZYMANSKI, 1998, p. 13).

Isso pode explicar o fato de que são as mulheres que mais demandam processos familiaristas, como dito anteriormente. Zarias (2008, p. 259) ratifica que a “força do processo”, ou o simbolismo que ele representa na vida das pessoas, faz da justiça cível um espaço de exercício do poder pelas mulheres, tanto na separação quanto no divórcio, mas, principalmente, nos processos de alimentos.

Consequentemente, esse discurso traz consigo o paradigma de que o feminino é o sensível – e que, por isso, detém zelo e amor para ficar com os filhos - e o masculino é a razão, a frieza e a objetividade. Segundo Beatriz e Martha: “*Mas, geralmente, assim, o homem, o homem é mais frio*”; “*Eu acho que eles são mais compreensivos que a mulher. Ele quer realmente, geralmente ele já tem outra solução pra ir atrás. [...] eles querem resolver o mais rápido [...]*”.

A convicção de que o *logos* (razão) é de essência masculina e que *eros* (amor) é feminino remonta a uma análise filosófica, segundo a qual “ a percepção feminina é estética, é criativa, é dialógica e lúdica, é afetiva e é sensível. A percepção masculina do mundo é calculadora, operativa e técnico-racional” (BITTAR, 2008, p. 116). Entretanto, como dito, não se pretende adentrar nessa problematização com a presente dissertação.

O que se almeja é explicitar que estas dicotomias revelam a presença majoritária de uma cultura centrada na masculinidade e na frieza calculista da razão (BITTAR, 2008, p. 106). E, igualmente, na naturalização de que as mulheres são cuidadoras primárias, por natureza, justificando a sua subordinação legal e social (COOK; CUSACK, 2010, p. 02)⁴⁸.

Nesse sentido, destaca-se a fala de Júlia sobre essa dicotomia. Primeiro, referindo que as mulheres são mais cuidadosas e sentimentais: “*Não sou preconceituosa, mas vai parecer preconceituoso, mas acho que a mulher tem mais facilidade, mais paciência, é mais cuidadosa assim na hora de explicar e também mais sentimental né*”. Em outro momento, Júlia, exemplifica a racionalidade masculina, usando seu sócio para tanto: “[...] *a gente adotou uma técnica agora. Quando a gente atende o cliente junto a gente estabelece antes quanto a gente vai cobrar. E daí ele coloca o preço. Eu odeio cobrar, ele coloca o preço porque eu sou uma mãe. Eu começo a amolecer*”.

Beatriz manifesta essa estereotipação, pois afirma que, por vezes, reações esperadas de um gênero são externadas por outro. Segundo a mesma: “*Aí depende da pessoa entendesse. A gente já pegou mulheres brabas, sem educação, irritadas, que quer explodir, a gente tem que pedir para ficar quieta. E também a gente já pegou homem chorão e ‘pelo amor de Deus para de chorar’ entendesse. Não dá, senta aqui e nunca mais para de chorar e vai embora. Então a gente já pegou as situações contrárias, reações que tu espera de um homem numa mulher e tu nunca imaginou sentar um homem na tua frente e que chore né*”.

Vislumbra-se que esse paradigma da “mulher-sensível” está tão naturalizado na cultura ocidental que Luiza chega a afirmar que: “*Gosto quando a juíza é mulher, acho que se eu tô trabalhando para mulher, a mulher tem mais sensibilidade*”. Nesse seguimento, Cook e Cusack (2010, p. 01) aduzem que “*las mujeres pueden ser condicionadas socialmente para internalizar los estereotipos negativos sobre sí mismas y para cumplir con el papel subordinado y pasivo que consideran apropiado para su estatus*”.

Nesse sentido, Ana relata que, por se viver numa sociedade machista, em que mulheres e homens reproduzem padrões desiguais de poder, fazem parte do senso comum características de beligerância e competição entre as mulheres. Em suas

⁴⁸ Dicotomias analisadas quando se tratou da ética do cuidado, denotando padrões de relações pessoais e éticas díspares entre homens e mulheres.

palavras: *“Do ponto de vista da parte, acho que é muito difícil ser mulher. Acho mesmo. Em todas as circunstâncias a gente já começa com uma desvantagem: nós mulheres em relação a nós mulheres. Por que nós mulheres somos naturalmente incentivadas a ser mais competitivas entre nós. E nós temos muita dificuldade de nos solidarizar umas com as outras”*.

Maria também corrobora isso: *“E o machismo vem e não é só dos homens. O machismo vem muito mais das mulheres e o machismo vem também de dentro da gente, daquilo que foi introjetado desde que a gente nasceu e que te colocaram o primeiro lacinho com sabonete no cabelo que tu ainda não tinhas. Ali iniciou e a gente passa a vida tentando brigar. E se trata e estuda. E tu não consegues deixar de, em determinadas situações, te colocares num local que tu vais dizer “não, não é um local inferior, só é um local diferente”. Esse diferente já uma forma menor. Então é muito difícil”*.

Assim, percebe-se que essas representações se reproduzem nas práticas de justiça, no imaginário social e nos discursos dos próprios agentes jurídicos. E, nesse cenário, destaca-se a concepção de arquétipo masculino, do Poder Judiciário e da cultura do direito, e feminino, da Justiça.

Há, no exercício profissional da área do direito, uma clara projeção desta imagem estereotipada da seriedade, do racionalismo, do linear-vertical, do fixo, do rigoroso, do discursivo-empolado, do masculino (BITTAR, 2008, p. 106). Ao passo que sob a Justiça sempre pairou o arquétipo feminino, tanto que “entre os antigos gregos, não havia um deus da justiça, mas diversas formas divinas femininas de se reportar à justiça, desde uma concepção mais primitiva e hierárquica, distante e divina, como *thémis*, até os termos *diké* e *dikaiosýne*” (BITTAR, 2008, p. 122).

Segundo Maria: *“Ainda existe o ranço de que o Judiciário seja, como qualquer órgão que seja de poder e também de repressão, existe um arquétipo masculino dentro do Judiciário. Ainda que a justiça seja uma mulher, a Themis seja uma mulher, uma mulher com um arquétipo bem mais masculino do que feminino”*. E essa advogada ainda revela que *“Eu vejo as mulheres chegarem mais tímidas no fórum do que os homens. E acho que na mediação elas chegam também mais assustadas, mais contando com a proteção dos outros. Isto é um lado ruim. Por outro lado, isso também é sensível a quem atua no judiciário. E existe também uma tendência a proteger o lado feminino né. As mulheres. Isso é tão difícil e tão sutil de conseguir medir que às vezes essa*

proteção é a maior injustiça que tu podes fazer. E às vezes uma injustiça que tu estás fazendo com ela própria, com a outra parte e muitas vezes com os filhos”.

Nessa acepção, a pesquisa de campo demonstrou um paradoxo: na mesma medida que se compreende a posição de maior dificuldade enfrentada pelas mulheres, os agentes jurídicos salientaram uma tendência, por parte do Ministério Público e do Judiciário, em protegê-las. Destacam-se os relatos de Martha e Clara.

Martha ressalta que por atender mais homens em seu escritório, percebe uma tendência de defesa da mulher, *“por parte da magistratura, do MP, tem a tendência automática assim”*. A entrevistada exemplifica essa situação a partir de um caso de violência doméstica, no qual seu cliente *“não teve nem chances de abrir a boca” da juíza falar ‘ah, tu não tem que te meter se ela quer dormir com homem, mulher ou animal’ sabe? Tipo assim, e tem uma tendência automática. Eu vejo, a última mesmo, que era reflexo da separação da família, ela não tinha nada contra ele. Não tinha uma prova, não tinha nada e ela ganhou a medida protetiva. E ele, em nenhum momento, teve a chance de falar porque ganhou naquele primeiro momento dali”*.

Disse ainda que já se sentiu constrangida ao chegar a uma audiência com seu cliente, em razão da automática aceitação da versão da mulher e da corriqueira defesa da mesma em processos judiciais. De acordo seu relato: *“teve uma Maria da Penha que por tu chegares com ele, tu já chega constrangida. Ela entrou primeiro. E a gente sabia que não tinha acontecido nada, sabe? Não tinha nada mesmo. Talvez pudessem ter se xingado, mas não tinha nenhum tipo... a violência verbal era pelo celular sabe? Não tinha acontecido nada e aí torna todo mundo constrangido pela versão automática que todo mundo defende a mulher assim. Não que eu ache errado ou certo, é uma tendência até né, mas não.*

Essa tendência também foi observada por Clara, a qual referiu que isso depende do perfil do juiz, mas que o fato de haver processo em andamento ou anterior de violência doméstica enseja um “olhar incriminador” sobre o homem. Segundo a mesma: *“Já teve juízes aqui na comarca que eram muito pela parte da mulher, ‘ah, a mãe’, ‘a mulher separada e tal’. Depois foi se igualando né, mas quando há, por exemplo, um processo anterior de violência doméstica, às vezes eles já, eles olham com um olhar incriminador para o homem. Sem ter uma sentença, sem ter conhecimento dos fatos porque hoje em dia é muito fácil tu ir lá fazer um boletim de ocorrência sem a pessoa ter feito nada. Simplesmente ‘ah, eu vou ralar ele. Eu vou fazer um boletim de ocorrência e aí até sair o processo e ele dizer que não fez nada e tal’, mas neste meio*

tempo tendo um processo de guarda ou de visitas, tanto o promotor como o juiz às vezes eles têm um olhar incriminador para a parte do pai e do homem”.

Trata-se de relatos de práticas de justiça de desigualdades de gênero e, conseqüentemente, denotam que o princípio da isonomia tem sido duplamente afrontado. Primeiro porque reflete que o Judiciário usa de um *standart* mínimo para decidir os conflitos judicializados, em mera aplicação formal, sem observar a materialidade dessa igualdade; e depois porquanto esse modelo de que as mulheres devem ficar com a guarda dos filhos pode não refletir a realidade e a disposição dos membros de determinados núcleos familiares, pois não faz nenhum sentido pensar as relações familiares, a partir de qualquer modelo (SIMIONI, 2015, p. 162).

Ora, os homens são rotulados como parte mais fria da relação, os quais, via de regra, não devem ficar com a guarda dos filhos. Ao passo que elas, na maioria das vezes, estão em situação de desigualdade e dificuldades financeiras se comparadas aos homens.

De acordo com Zarias (2008, p. 257-258), um grande contingente dos casos judicializados demonstra que as mulheres não detêm renda para suportar os encargos do lar ao tempo da união, pois são destinadas às tarefas domésticas e à guarda dos filhos. De modo que, após a separação, ficam ainda mais sobrecarregadas em ter de cuidar dos filhos sozinhas e enfraquecidas, na medida em que continuam a ser o elo mais fraco das disputas (ZARIAS, 2008, p. 257).

Assim, a partir desse quadro, compreende-se que se pautar em um *standart* mínimo de que a detenção da guarda dos filhos é das mulheres pode, em determinados casos, em nada ser benéfico para as mulheres. Aliado a isso, também se percebe que as mesmas em nada se fortalecem com esse estigma e tratamento de elo mais fraco das relações.

Deste modo, constatou-se a naturalização de uma cultura centrada na masculinidade e na razão, bem como na subordinação social das mulheres. E, em decorrência disso, a estereotipação de homens e mulheres, razão e emoção, como características estanques que só são encontradas em um gênero. Entretanto, consoante Bittar (2008, p. 119) toda redução do humano a extremos redundando num empobrecimento da existência, motivo pelo qual, já que o direito é racional – masculino -, é necessária a sua feminização, na medida em que a órbita do jurídico pode se transmutar para receber influxos novos de concepções, que devem albergar, necessariamente, práticas e esforços de mediação, diálogo e entendimento (BITTAR, 2008, p. 120).

3.4 O tempo do processo

Nesse tópico, aborda-se o tempo do processo sob dois aspectos, quais sejam: (i) o “tempo para uma conversação transformadora”, terminologia inspirada em Santos e Costa (2007, p. 116) – diz respeito à necessidade de que se transcorra certo “tempo” para que se digira toda a mágoa decorrente do conflito; (ii) o tempo como forma de manutenção de vínculos.

Ressalta-se que ambos estão intimamente ligados, na medida em que a partir do tempo de maturação e da forma com que se lida com os sentimentos envolvidos no conflito, o processo judicial poderá ser utilizado como ferramenta de perpetuação de vínculos, especificamente o conjugal – numa espécie de jogo em que muitas famílias encontram-se aprisionadas no seguinte paradoxo: quero mudar, mas não quero mudar? (SANTOS; COSTA, 2007, p. 122). Assim, como a maioria dos relatos a respeito desses aspectos remonta a processos de divórcio, esse tópico analisa as duas concepções de tempo, especialmente, sob o viés dessa natureza de demanda.

De acordo com Silva (2010) a concepção de tempo pode ser encarada sob o viés de duas correntes:

[...] de um lado a corrente subjetivista que se vincula aos filósofos e concebe o tempo como sendo uma propriedade da alma, um dado a priori da mente humana que se desenvolve no decorrer da vida. Portanto, se não existirem os homens não existirá o tempo. Do outro lado encontram-se os objetivistas, vinculados às ciências naturais que concebem o tempo como um dado real da natureza, isto é, um aspecto físico do universo, uma dimensão na qual os seres existem. Nesse caso a existência do tempo independe da existência do homem. Entre seus expoentes estão Aristóteles, Newton e Einstein. (SILVA, 2010, p. 163-164).

Entretanto, essa dicotomia parece ser incompleta, por isso concorda-se com Ost (2005, p. 12) quando aduz que o tempo é, antes de tudo (de ser um fenômeno físico e/ou uma experiência psíquica), uma construção social (o que denomina de temporalização). O direito e o tempo trabalham mutuamente, pois o tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico, do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos (OST, 2005, p. 14).

Quando se está diante de um processo, é preciso partir da premissa de que podem existir vários tempos postos na lide: o dos indivíduos (partes), o da família (enquanto sistema) e o do processo (legal). Em demandas familiares, por exemplo,

conforme Santos e Costa (2007, p. 117), como a relação conjugal e filial têm interesses distintos, cada um terá seu tempo para elaborar “uma nova forma de estar no mundo”, externando, portanto, diferentes tempos (cronológico, legal e, principalmente, emocional).

Nesse seguimento, Garapon (1997, p. 53) elucida que o tempo do processo não é um tempo ordinário e “o presente do processo é algo bastante singular. Trata-se mais de um passado feito presente pelo ritual do que uma recordação do passado” (GARAPON, 1997, p. 68). Então, o processo não decorre em tempo real, nele o tempo é recriado (MORAIS; SPENGLER, 2011, p. 96).

Assim, com o ajuizamento de uma ação, seja qual for sua natureza, o privado e o íntimo são tornados públicos, a fim de que o Judiciário resolva aquele conflito. E a partir desse momento, surge o contexto de um jogo encenado conjuntamente, com base em motivações e interesses, e que a justiça é permanentemente convocada a contracenar e a sustentar sua perpetuação (ANTUNES; MAGALHÃES; FÉRES-CARNEIRO, 2010, p. 209).

Nos processos familiaristas, há um recorte de uma família, a partir da narrativa de um(a) advogado(a), em que traz o histórico e é contado como cada parte litigante vivenciou ou ainda está vivenciando a situação ali retratada (SANTOS; COSTA, 2007, p. 121). Os processos de divórcio ou separação podem ser tidos como um ritual de passagem, pois, conforme Antunes, Magalhães e Féres-Carneiro (2010, p. 200), pode promover o fim de um ciclo ou sustentar a continuidade do vínculo, o que se observa muito em casos de litígios familiares de longa duração:

A repercussão psíquica da vivência do processo de divórcio, considerado um ritual de passagem, pode auxiliar os sujeitos no redimensionamento dos afetos e na transformação dos acordos e pactos do casal, dando possibilidade de passagem do vínculo de conjugalidade ao vínculo exclusivo de parentalidade. No entanto, nem todos os casais realizam esta etapa jurídica do divórcio, ou se a realizam, não a vivenciam como um ritual de passagem. Nesse caso, o necessário divórcio psíquico não é alcançado. A etapa jurídica da separação, que poderia ser uma breve intervenção do Estado, apenas confirmando o que já fora definido entre os ex-cônjuges no âmbito privado, se transforma, então, numa longa e sofrida batalha judicial. (ANTUNES; MAGALHÃES; FÉRES-CARNEIRO, 2010, p. 206).

Dessa maneira, a forma de sustentar o processo para continuar o vínculo ocorre quando as partes se socorrem do Judiciário para externar seus sentimentos, culpar o outro e arrazoar suas necessidades, as quais, muitas vezes, não eram externadas nem ao tempo da união, provocando a existência de intermináveis processos judiciais. O perfil

dos engajados nesse propósito é ressaltado por Maria: “[...] *se eu não consigo manter o vínculo pelo amor eu vou manter o vínculo pelo ódio. Então as pessoas se tornam eternas né, na situação, fazem com que o processo não ande nunca. Não termine nunca. Nunca chegue ao fim. E aí não tem mediação, conciliação, nem juiz que consiga. Nem sentença que consiga terminar, porque aí termina a sentença e eles executam. Eles buscam outra coisa e segue o baile*”.

Esse relato ressalta dois aspectos: o fato de que existe um tempo do conflito, pois a matéria litigiosa é viva e não se solidifica no início do processo (MORAIS; SPENGLER, 2011, p. 95), mas segue se transformando, mesmo que haja uma sentença, pois o julgamento dispõe sobre o passado enquanto a lei para o futuro (MORAIS; SPENGLER, 2011, p. 90); e que quando não há uma mudança que parta diretamente dos envolvidos, no sentido de responsabilização pelas situações, de despolarização e, sobretudo, de “perdão” (esquecimento seletivo) as demandas não chegam ao fim.

Morais e Spengler (2011, p. 89) trazem a questão do perdão como esquecimento seletivo, aduzindo que para que se possa falar de uma nova temporalidade que possa desligar o passado através do perdão, faz-se necessário que o tempo da memória seja ultrapassado ou superado:

Nesses momentos, o tempo do perdão se agiganta garantindo sua necessidade para o mundo do direito não como meio de simplesmente esquecer, mas de selecionar o que se vai esquecer. Ou seja, só pode existir direito na sociedade a partir do momento que se tem perdão, uma vez que a vingança é uma fonte do direito primitivo. Por outro lado, o perdão é um momento de maturidade, sem ele, se está sob a Lei de Talião. O direito moderno nasce com a ideia de perdão, que se liga à ideia de esquecimento seletivo. No entanto, o perdão é realizado por um terceiro, o Judiciário é que encaminha esses processos de perdão (MORAIS; SPENGLER, 2011, p. 89).

Nesse cenário, como argumentar com os agentes jurídicos – formados a litigar, falar pelas partes e se cingir aos limites dos pedidos, prazos e ritos processuais - que a família necessita de um “tempo” para estabelecer uma conversação que seja transformadora? (SANTOS; COSTA, 2007, p. 116). Assim, alguns dos entrevistados, destacam o caráter transformador do tempo em relação aos sentimentos e comportamentos das partes.

Segundo Clara: *“Quando chegam até mim é bem conturbado. Aí com o tempo eles vão se acalmando, vão escutando o que eles podem e o que não podem. E aí eles conseguem medir até onde eles podem ir ou não podem. Mas logo que eles chegam à situação é bem complicada*”. Já João vai além e relata a questão temporal relacionada

com a conciliação e mediação: *“Num divórcio, quando é um divórcio litigioso tem aquela mágoa de quem acabou por uma traição ou por algum outro problema. Então existe aquela mágoa, existe aquela dor, aquela coisa. Então dificilmente tu consegues chegar pra fazer aquela conciliação logo que tu ingressas com o processo. [...] Então talvez depois de uma primeira audiência de conciliação, dentro da própria vara de família, talvez se torne mais fácil para frente que as partes que os ânimos se acalmem”*.

Como destacam Santos e Costa (2007, p. 117), a família pode vivenciar as decisões judiciais como ordens de cunho destrutivo, mesmo que o todo, o grupo familiar, tenha interesse na solução do caso, e necessite muito tempo até que a elaboração emocional da sentença ocorra. Logo, a forma como vai se encarar o conflito não precisa ser necessariamente destrutiva, e sim construtiva.

A possibilidade de se perceber o conflito de forma positiva, por meio de processos construtivos na condução das disputas consiste em uma das principais alterações da moderna teoria do conflito, que o compreende como algo positivo e transformador, se concebido como um fenômeno natural das relações humanas. Encarar o processo de divórcio como mantenedor do vínculo conjugal pode ser considerado destrutivo, em razão das muitas implicações dessa conduta, não só de cunho patrimonial, mas, principalmente, de desgaste emocional, de modo que as partes encaram todo o período “gasto” com o processo judicial como um tempo de sofrimento (“Período terrível para nós!”) (SANTOS; 2007, COSTA, p. 113).

Para que se alcance o estágio de uma conversação transformadora, é preciso superar a perspectiva do processo como mantenedor de vínculo ou do conflito como processo destrutivo. É preciso compreender o que Ost (2005, p. 17) chama de “temperança”, ou seja, a sabedoria do tempo, a justa medida da continuidade e da mudança que assegura o equilíbrio das relações sociais.

Trata-se da observância do que Morais e Spengler (2012, p. 86) ressaltam como uma prerrogativa geralmente negligenciada: “o direito ao tempo”. Isto é, o direito ao seu ritmo, a construir suas histórias de acordo com as suas próprias cadências. Segundo os autores (2012, p. 86): “Essa poderia ser uma das políticas desenvolvidas para evitar o risco da discronia, em função da fragmentação do direito embalada pelo avanço cadenciado de cada um, que evidencia, justamente, a pluralidade/complexidade temporal”.

Concomitantemente, há um aspecto paradoxal que deve ser observado, qual seja a morosidade judicial. Se, por um lado a celeridade do processo significa um direito

fundamental do cidadão à Justiça, de outro, esta celeridade não pode pôr em risco a segurança de proteção dos direitos do cidadão (SANTOS; 2007, COSTA, p. 115). A importância dessa razoabilidade de tempo é destacada por Maria: *“Aqueles coisas que são ridículas assim tipo as partilhas. Elas são óbvias, meu Deus do céu. E mesmo assim aquilo gera processos às vezes de sete, dez, nove anos. [...] atualmente os processos, não só em família, mas no cível em geral, aqueles que tu consegues obter algum sucesso num período aceitável de tempo são aqueles em que tu fazes um acordo. Os que tu aguardas sentença, aqueles que realmente são litigiosos e que vão até o fim litigiosos, tu nunca vais sair satisfeito, nem que tu tenhas uma sentença de procedência de todos os pedidos.”*

O relato de Maria está em harmonia com todos os aspectos abordados nesse ponto, mas, sobretudo, destaca o sentimento de insatisfação relacionado com o tempo do processo e à litigância (polarização). Nessa perspectiva, quanto ao aspecto temporal, Ost (2005, p. 25) aduz que o Direito pode contribuir para uma destemporalização (saída do tempo comum), quando oferece subsídios para a ausência de transformações (que esse autor denomina de “nostalgia da eternidade”).

A “nostalgia da eternidade” é uma forma de recusa/fuga do tempo enquanto mudança, que se materializa na busca pela eternidade, “como se o passado, definitivamente terminado, nada mais tivesse a dizer, e que o futuro, decididamente demasiado incerto, não exigisse ser construído a partir de hoje” (OST, 2005, p. 27-28). Essa forma de destemporalização, portanto, é corriqueira nas práticas de justiça, principalmente em processos que visam à manutenção de vínculos.

Além disso, a parte do relato de insatisfação que se relaciona com a litigância, está em consonância com o que é sinalizado por Friederich Glasl (2002) quando retrata a escalada do conflito, segundo o qual o conflito passa por fases que possuem dinâmicas de recorrência de comportamentos. De maneira que, quando o conflito se expande, saindo de um mero desentendimento e debate, por meio de ações e ataques, torna-se um círculo vicioso de ação e reação, no sentido de que as polaridades se retroalimentam em uma escala crescente de auto-contágio.

Glasl (2002) divide a escalada do conflito em três fases: ganha-ganha, ganha-perde e perde-perde⁴⁹. Quando se chega ao estágio conhecido como “perde-perde”, ocorrem às hostilidades abertas (onde os fins passam a justificar os meios), os ataques

⁴⁹ Essas fases serão abordadas no próximo tópico.

destrutivos, os rompimentos, chega-se ao que esse autor chama de “juntos para o abismo”, isto é, um momento onde todos os envolvidos perdem. Ao se chegar a esse estágio é preciso à intervenção de terceiros, não envolvidos nessa relação, que auxiliem na condução desse conflito.

Entretanto, não é o que se verifica no decorrer dos processos judiciais, daí o sentimento de insatisfação dos jurisdicionados, pois se entende que o Judiciário está longe de ser o órgão detentor do “poder” de dirimir disputas, conforme Zarias (2008):

Portanto, é preciso considerar que para se chegar à justiça existe um caminho a ser percorrido. Esse caminho tem início a partir do reconhecimento de um direito e termina quando a justiça dá seu parecer final sobre ele. Entre uma ponta e outra do trajeto existem vários obstáculos, trilhas alternativas e desvios. Por isso, a justiça, por si só, não é capaz de fornecer todas as respostas às demandas que lhes são apresentadas, nem por excelência é o lugar onde se dirimem disputas. (ZARIAS, 2008, p. 274-275).

Nessa perspectiva, “a mediação, guardadas as limitações impostas pela nova legislação, acontece no tempo dos envolvidos, ou seja, leva apenas o tempo necessário para que a comunicação possa ser restabelecida e a negociação, consubstanciada”. (OLIVEIRA; PONTES; PELAJO, 2016, p. 293). Para tanto, é indispensável que se questione a maneira escolhida pelos profissionais – advogados - na condução dos conflitos e, especialmente, que se reflita acerca das identificações e representações desse grupo acerca da mediação.

4. MEDIAÇÃO NA ADVOCACIA: PERMANÊNCIAS E RUPTURAS

Trazer à tona o caráter inconsciente dos costumes internalizados sem que os indivíduos percebam (SARTI, 2004, p. 14) e buscar o estranhamento, a fim de contribuir com a desconstrução do estabelecido, para se reconstruir sob novas bases (um construir de modo diferente) ou ressignificar papéis (a advocacia), foram os objetivos desse estudo. Simioni (2015, p. 18) bem destaca que o estranhamento ao familiar é o primeiro passo para compreender o “senso comum dos juristas”.

No caso desse estudo, o “senso comum dos juristas” nos interessa porque diz respeito ao modo como normaliza práticas profissionais, especialmente no que tange aos padrões de condução de conflitos. Para tanto, partiram-se de duas premissas: 1) de que seria necessário desconstruir o imaginário da agressividade/litigiosidade como virtude obrigatória de um advogado que defende de forma contundente os interesses de seu cliente; 2) de que a mediação se propõe a uma mudança de paradigmas, tanto na postura das partes como na dos advogados.

De acordo com o Ministério da Justiça (2014), a função do advogado é reinaugurada com a mediação:

[...] pautada agora não mais tanto pela imagem do advogado enérgico – esta tantas vezes necessária para assegurar os direitos de seus clientes –, e sim redesenhada sob os auspícios de uma advocacia resolutive, capaz de dialogar e, com o auxílio das próprias partes, facilitar a construção de soluções consensuadas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 08).

Concorda-se com Almeida (2014, p. 137) quando aduz que a mediação somente ganhará maior estabilidade quando um significativo grupo social – em termos de quantidade e credibilidade – lhe der validação. Seriam os advogados esse grupo? Acredita-se que sim. Entretanto, quais são as experiências e usos que fazem desse método? O que já está sendo partilhado por esses profissionais (enquanto representação social da classe de agentes jurídicos) acerca da mediação? É o que se passará a discutir.

Como dito, as mudanças processuais e legislativas promulgadas no ano de 2015 ocasionaram um descentramento e desconforto dos advogados, devido à quebra do padrão sistemático de condução dos conflitos até então vigente. Exigindo-se do mesmo não só atualizações legislativas e processualísticas, mas uma “desacomodação”, na

medida em que foram retirados de suas rotinas normalizadas, de seu hábito, deparando-se com a necessidade de algumas mudanças em sua atuação decorrentes da mediação.

Há, no caminho de sedimentação da mediação no país, que se ultrapassar pré-construções naturalizadas (BOURDIEU, 2006, p. 39), pela cultura instituída, a qual, segundo Warat (2001, p. 24) obriga a todos a transitar por um mesmo caminho mil vezes trilhado, seguindo sempre as rotinas culturais, de sobrevivência no êxito repetível. Trata-se de uma cultura de frases feitas, conceitos rotinizados e verdades fatigadas, existindo muita estupidez imobilizadora nessa cultura instituída (WARAT, 2001, p. 24).

Sob a ótica da observação participante, enquanto pesquisadora, mediadora em formação e advogada, verificou-se que as representações sociais desses agentes jurídicos são, no geral, de resistência ao novo modelo. Entretanto, mais importante do que se constatar essa resistência é compreender os motivos da mesma. Isso se relaciona ao que Jodelet (1993, p. 45) chama de “irrupção da novidade”, ou seja, como as representações sociais desempenham função de manutenção da identidade social e equilíbrio sócio-cognitivo, ao surgir algo novo, estranho ao instituído, lançam-se defesas (resistência) em prol da manutenção da identidade.

No caso dos advogados, essas defesas podem ser atribuídas ao desconhecimento desse novo modelo e, por isso, há um sentimento de “ameaça”. Principalmente se se considerar as questões que estão envolvidas, como o ensino jurídico tradicional, a insegurança acerca de como ficam os honorários nesses casos e, especialmente, por não compreenderem o seu papel e espaço na mediação.

Esse cenário foi facilmente identificado na pesquisa de campo. A entrevistada Joana afirmou: *“Então é essa coisa assim, de quando sai uma lei, os operadores do direito tem que ter um tempo para se convencer de certos temas”*, mas há poucos estudos voltados a esse tema. Saad (2016) aborda a relutância cultural dos operadores jurídicos como notória, destacando algumas razões para tanto:

A pesar de estos auspiciosos proyectos de políticas públicas y privadas en torno al fomento de otras formas de resolver conflictos, la reticencia del cambio cultural de los operadores jurídicos del momento era notoria. Las razones, varias: falta de confiabilidad en el método, apego al procedimiento judicial, falta de legitimación en el empoderamiento de las partes para resolver sus conflictos, sentimiento de ataque a la competencia profesional del abogado, entre otras. La decidida política pública de implementación encontró respuesta a esta problemática en la redacción de normas que impusieran la paradoja de incorporar la “obligatoriedad” en el acceso a la Mediación, pero no en la continuación y finalización con acuerdo del proceso (SAAD, 2016, 1917).

Durante a observação participante e as entrevistas observou-se algumas dessas variáveis apontadas por Saad (2016), como a falta de confiabilidade no método, apego ao processo judicial e o sentimento de ataque na concorrência profissional do advogado. Por isso, percebe-se que o momento atual é de impasse, pois se vive um movimento que inclui a experimentação do novo com vistas ao antigo jeito de ser ou proceder – um “ir e vir” entre paradigmas, até que o mais recente possa se instalar na cultura (ALMEIDA, 2014, p. 137).

Nesse sentido, exatamente em razão disso, é que se pode considerar que vivemos uma conflituosidade entre todos os envolvidos pelo sistema de resolução de conflitos judiciais (partes, advogados, mediadores, juízes, promotores e até serventuários), o qual precisa ser mediado, no sentido de considerar (validar) e desconstruir uma das principais fontes deste, qual seja, a mudança. Segundo Wrasse (2012, p. 49), a mudança é uma das principais fontes do conflito. É notável uma grande resistência em relação às mudanças, mas elas nem sempre são negativas, pois mudar pode significar melhorar.

A ruptura com o instituído reclama uma “conversão do olhar” (BOURDIEU, 2006, p. 49) e, até que isso ocorra, os conflitos são inevitáveis. Por isso, é preciso se valer dos fundamentos e ferramentas da mediação para que essa possa conquistar o seu espaço dentro do sistema de justiça, isto é, enxergar nessa conflituosidade aspectos positivos, os quais podem levar a transformações das práticas e das representações de todos os sujeitos envolvidos.

Bourdieu (2006, p. 49) explica essa conversão do olhar como necessária para que se deem as rupturas epistemológicas, as quais, muitas vezes são sociais, pois abarcam crenças fundamentais de determinados grupos ou corpo de profissionais, com o corpo de certezas partilhadas que fundamenta a “*communis doctorum opinio*”. Em suas palavras:

A ruptura é, com efeito, uma *conversão do olhar* e pode-se dizer do ensino da pesquisa em sociologia que ele deve em primeiro lugar ‘dar novos olhos’ como dizem por vezes os filósofos iniciáticos. Trata-se de produzir, senão ‘um homem novo’, pelo menos, ‘um novo olhar’, um *olhar sociológico*. E isso não é possível sem uma verdadeira conversão, uma *metanoia*, uma revolução mental, uma mudança de toda a visão do mundo social. Aquilo a que se chama de ‘ruptura epistemológica’, quer dizer, o pôr-em-suspense as pré-construções vulgares e os princípios geralmente aplicados na realização dessas construções, implica uma ruptura com modos de pensamento, conceitos, métodos que têm a seu favor todas as aparências do *senso comum*, do bom senso vulgar e do bom senso científico (tudo o que a atitude positivista dominante honra e reconhece) (grifos do autor) (BOURDIEU, 2006, p. 49).

Nessa perspectiva, para que haja essa mudança de olhar é preciso compreender o fenômeno e as razões de certa resistência por parte dos advogados ao uso da mediação, o que se passará a expor.

4.1 Paradigma clássico do exercício da advocacia

No primeiro capítulo dessa dissertação, foram tratados temas como a crise do modelo de conhecimento do direito e do Poder Judiciário. Com esse tópico, almeja-se adentrar na tradição jurídica brasileira, mais especificamente no modelo adversarial/embativo clássico de exercício da advocacia no Brasil, pautado no binômio vencedor-perdedor ou ganha-perde, o qual é oposto ao modelo proposto pela mediação, de benefícios mútuos (ganha-ganha).

A tradição jurídica brasileira é calcada no modelo da *civil law*, segundo o qual o processo civil nada mais é do que “[...] uma relação jurídica de direito público, um fenômeno de massa a ser gerenciado pelo Estado, a quem compete conferir-lhe uma solução rápida e correta, baseada, tanto quanto possível, na verdade dos fatos, que deverá ser, assim, investigada pelo juiz” (BARREIROS, 2011, p.82). Trata-se de um paradigma alicerçado na lei como fonte primária, fundado nos pilares do racionalismo e do dogmatismo, com predomínio do raciocínio teórico-dedutivo na construção dos seus sistemas jurídicos (BARREIROS, 2011, p. 217).

Nessa tradição, há um ideário consolidado de que só quem fala no processo são os advogados, responsáveis por representar aquelas pessoas envolvidas no conflito. O processo só trata da lide jurídica, naquilo que é confrontado com uma lei em abstrato, não havendo que se dar voz a questões extraprocessuais ou não jurídicas (a conflituosidade intersubjetiva), limitando-se ao que está escrito na inicial e defesa.

Segundo Kant de Lima (2010, p. 29), a dogmática e as práticas de justiça na *civil law* se alicerçam em um lógica do contraditório, que se explicita pela promoção de um dissenso infinito, o qual só se interrompe através de uma autoridade externa às partes, que lhe dá fim e declara uma tese vencedora e a outra, vencida. Essa questão do juiz, enquanto autoridade detentora do poder de dizer quem venceu, foi levantada pelos agentes jurídicos entrevistados.

Trata-se de uma representação fundada na tradição do *civil law*, do modelo inquisitorial, no qual as pessoas transferem ao juiz o poder de solucionar o conflito.

Apresenta-se sob uma cultura da sentença porque prevalece o modelo de solução contenciosa dos conflitos, por meio de um processo judicial. Para além de “uma coisa das partes” (BARREIROS, 2011, p. 82), o processo passa a ser “para o juiz”, girando em torno de argumentações demonstrativas e ataques, privilegiando-se o critério do “certo ou errado”, os quais visam o convencimento do mesmo, sem se importar com a adequação da solução apontada ou as especificidades do caso.

Nessa perspectiva, Goretti (2016, p. 104) ressalta que o exercício da gestão inadequada de conflitos guarda relação direta com a manifesta preferência de profissionais do direito pela via jurisdicional e sua consequente dependência em relação às práticas jurídico-processuais. Em grande parte, os profissionais estão despreparados para lidar com a mediação e outras vias alternativas de efetivação do acesso à justiça. A entrevistada Beatriz, quando questionada acerca do uso da mediação em processos que envolvem direito de família, referiu não achar interessante em razão da ausência da figura do juiz: *“Eu acho que na vara de família mesmo, eu acho que não. [...] E não sei se as partes não querem realmente ter a presença entendeu do juiz, porque a situação, primeiro eu acho que atrasa muito e segundo acho que eles não colocam credibilidade pra aquela situação ali.”*

A entrevistada refere que a presença do juiz é imprescindível porque só ele teria capacidade e poder para dirimir os conflitos, em detrimento da credibilidade dos mediadores: *“Eu acho que assim “não é o seu juiz” entendesse. Então, de repente não acreditam ou não vão querer entendeu fazer um acordo ali naquela mediação por não confiar em quem tá ali, por não confiar na capacidade de quem está ali fazendo entendesse”*. Não há a preocupação, portanto, com a autonomia dos indivíduos, com a escolha de estratégias reais e a construção de consensos.

Pelo contrário, essa tradição transmite sempre a ideia de que para uma parte ganhar a outra precisa perder, sendo que, não raro, o dito “vencedor” acredita que recebe menos do que deveria, subsistindo para ambos, vencedor e perdedor, na maioria das vezes, certo inconformismo com os resultados. Assim, consoante destaca Silveira (2005, p. 180), a forma como são colocadas às diferenças empobrecem as possibilidades de soluções possíveis, dificultando a relação entre as pessoas envolvidas e, o mais importante, gerando altíssimo custo econômico, afetivo e relacional.

Verifica-se que essa particularidade de ganhar em detrimento do outro perder está enraizada não somente na cultura jurídica, mas nas relações sociais como um todo. Segundo Ana: *“Quando o advogado já mostra uma postura disposta a conciliar, a*

mediar, a promover o entendimento, a parte naturalmente vai se sentir mais aberta e mais segura pra isso. Não vai se sentir perdendo. Esse é um problema que as partes têm, não só no direito de família, mas de todo o direito. A pessoa não quer se sentir perdendo, não quer se sentir trouxa”.

Essa característica remonta à *crise das relações intersubjetivas* - analisadas no primeiro capítulo dessa dissertação - e também a escalada do conflito. Conforme mencionado anteriormente, Friederich Glasl (2002) desenvolveu a escalada do conflito, referindo que o conflito passa por três estágios: ganha-ganha, ganha-perde e perde-perde. Em um primeiro estágio, na fase “ganha-ganha”, existe maior predisposição de ambos os lados tentarem um acordo, mesmo que haja discordâncias. Caso isso não ocorra, é nessa fase que começa o desacordo, as polêmicas, a personificação de que a culpa é do outro, iniciando-se a expansão das ações em vez de palavras.

Em um segundo momento, chamado de “ganha-perde”, há o abandono do diálogo, colisões, disputas, de modo que o que estava contido passa a ter vazão. No terceiro estágio, conhecido como “perde-perde”, ocorre às hostilidades abertas (onde os fins passam a justificar os meios), os ataques destrutivos, os rompimentos, chegando-se ao que Glasl (2002) chama de “juntos para o abismo”, isto é, um estágio onde todos os envolvidos perdem.

Por conseguinte, os binômios vencedor-perdedor e perdedor-perdedor são venenosos, no sentido de que podem gerar resultados negativos, como desviar a atenção do objetivo real (tratar o litígio) para instalar uma competição, uma necessidade de vencer, assim a vida pode se tornar uma eterna derrota para alguns (perdedores habituais) (WRASSE, 2012, p. 54). A entrevistada Ana, a única que disse ter realizado curso de mediação, partilhou desse posicionamento: *“Essa visão do perde-ganha é venenosa porque no final quem vai... às vezes tu ganha, “eu ganhei de ti”, mas o que eu ganhei não é uma vitória, eu vou ganhar uma baita de uma dor de cabeça. Eu vou ganhar uma criança desajustada, uma relação desgastante, eu vou ganhar aquele sábado que todo o dia eu vou ter que levar a criança pra casa do pai e tá a madrasta esperando, tá a vó, a vizinha, tá cinquenta pessoas... tudo desnecessário. Então, essa coisa do perde e ganha tem que ser entendida em outros termos e a primeira pessoa que tem que fazer essa separação bem clara é o advogado”.*

Exemplo claro do círculo vicioso que essa ótica adversarial pode trazer e da insuficiência da cultura da sentença é trazido por Antunes, Magalhães e Féres-Carneiro (2010), ao analisar um caso de litígio familiar no contexto da intervenção psicológica:

Após a separação, as brigas se intensificaram. Segundo Cida, em decorrência do desamparo financeiro a que foi submetida, e segundo Márcio, devido ao impedimento para visitação. Cida ingressou com ação de Alimentos contra os avós paternos e foi bem sucedida. Márcio ajuizou ação de Regulamentação de Visitas. Cida, então, ingressou com pedido de Guarda dos dois filhos, o qual se desdobrou numa Busca e Apreensão. Em outra ação paralela, disputavam um imóvel. Durante esse período, foram registradas várias ocorrências policiais por ambos. (ANTUNES; MAGALHÃES; FÉRES-CARNEIRO, 2010, p. 207).

De tal forma, dentro desse paradigma, é comum que os advogados adotem, com frequência, as premissas de que: (i) as partes em conflito atuam de forma adversarial e (ii) que os conflitos devem ser resolvidos por aplicação de uma regra geral de direito, o que se faz habitualmente através de um juiz (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 263). Contudo, esses norteadores se contrapõem aos princípios da mediação, segundo os quais (i) todas as partes podem ganhar quando chegam a um acordo como base em soluções criativas; e (ii) cada situação é única, e não deve estar necessariamente regida por um princípio geral, a menos que as partes assim deliberem (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 263).

Logo, a mediação, a partir da teoria do “ganha-ganha”, pretende abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor, pois, por meio do terceiro imparcial, o mediador, conduz o conflito por meio de uma sistemática cooperativa entre as partes, levando-os a alcançar a solução da questão com satisfação e benefícios recíprocos (VALVERDE, 2015, p. 97). Nesse cenário, ressalta-se que outros meios de tratamento dos conflitos também trabalham e se desenvolvem a partir dessa lógica em prol de benefícios mútuos e minimização de perdas.

Percebe-se, então, um paradoxo entre o que a nossa cultura jurídica e as práticas de justiça privilegiam (o binômio vencedor-perdedor) e o que mediação se opõe. A mediação busca uma quebra paradigmática, tratando-se de um divisor de águas que percebe e esbarra na razão acadêmica instrumental e exacerbada - na qual não há lugar para o Outro, nem para o afeto (BITTAR, 2008, p. 104) e em que todo discurso jurídico é retórico, de convencimento -, e na formação jurídica contenciosa e ignorante.

Como Santos (2011, p. 89) bem destaca, “as universidades têm sido espaços marcados, predominantemente, pela ignorância ignorante, daqueles que não têm o conhecimento do que ignoram, ou, pelo seu contrário, a douda ignorância, daqueles que sabem que ignoram o que ignoram”. Dentro dessa ótica, a formação dos agentes jurídicos, nos moldes tradicionais, assume a tarefa de inculcar verdades, ao invés de conhecimentos que deveriam ser assimilados reflexiva e criticamente (SIMIONI, 2015, p. 14).

Nesse cenário, como o advogado é o primeiro “juiz” da causa e tem a capacidade técnica de fazer bom uso dos fatos e da prova, percebe-se que esse profissional ainda não rompeu com essa cultura enraizada (polarizada e adversarial). E, por isso, em razão de sua cultura e, em certos aspectos, de sua ignorância, acaba não observando em sua prática os ditames do NCPC e a essência da Constituição Federal, que é o fomento ao tratamento pacífico dos conflitos.

O próprio preâmbulo da Carta Magna enuncia o pressuposto do tratamento pacífico dos conflitos. Há uma escolha de não privilegiar o litígio em detrimento do conflito. Ao contrário, opta-se pelo direito de vivenciar o conflito (e não fugir dele), mas de forma harmônica e “comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Igualmente, merecem destaque o inciso VI, do parágrafo único, do artigo 2º, e o artigo 8º, do Código de Ética e Disciplina da OAB, os quais preceituam como dever do advogado o estímulo à conciliação e à prevenção da instauração dos litígios, bem como que deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda. No entanto, não é isso que se encontra nas práticas de justiça e nos relatos desses agentes jurídicos durante a pesquisa de campo. Nesse sentido, Luiza afirma que os advogados costumam fomentar o conflito: *“E vejo que alguns colegas muitas vezes fomentam né e não é o que se espera na vara de família. Normalmente envolve também interesses de menores e até da própria pessoa de resolver aquele problema e seguir a vida, mas...”*.

Em palestra, referente à semana nacional do advogado⁵⁰, a advogada Maria Cristina Carrion de Oliveira, referiu: *“Um dos grandes problemas que nós temos reside na nossa formação universitária. Nós aprendemos a litigar. Nós não*

⁵⁰ Essa fala foi proferida pela advogada que era membro da mesa no curso intitulado “Mediação sob a Ótica de Luís Alberto Warat”, em comemoração ao mês do advogado, na Escola Superior de Advocacia (ESA), em 02/08/2017, na cidade de Porto Alegre/RS.

aprendemos a conversar e a ouvir o outro. Isso nós vamos apreendendo, empiricamente, na medida em que nós vamos exercendo a profissão. Então eu sempre brinco, na entrega da carteira dos estagiários, que a gente tem que lembrar sempre uma regra básica: os clientes passam e os colegas ficam. Então, para nós temos que, para conseguir um resultado positivo, nós temos que aprender a tratar bem o outro porque nós só aprendemos a litigar. E isso é culpa da nossa formação universitária. Eu acho que isso nós temos que começar a mudar, até porque não é fácil mudar todo um sistema de pensamento”.

Logo, advogar não é, necessariamente, sinônimo de litigar. Longe disso, Valverde (2015, p. 94-95) elucida que advogar é exercer o aconselhamento e ser a voz ativa da defesa de um cliente numa relação jurídica em que uma das partes se acha titular de algum direito resistido pela(s) parte(s) contrária(s). No entanto, segundo a mesma, se for o caso, também é apaziguar essa relação, se possível, em proveito de todos e, prioritariamente, de seu cliente.

Assim, para que o paradigma clássico do exercício da advocacia seja rompido deve-se primeiro rever certas noções da própria cultura que permanecem obstinadamente no pensamento contemporâneo (FONSECA, 1999, p. 76). Consoante Roberto da Matta (1981, p. 02) cultura é um mapa, um receituário, um código através do qual as pessoas de um dado grupo pensam, classificam, estudam e modificam o mundo e a si mesmas. E acrescenta “[...] embora cada cultura contenha um conjunto finito de regras, suas possibilidades de atualização, expressão e reação em situações concretas, são infinitas”. (DA MATTA, 1981, p. 03).

Portanto, pode-se inferir que cultura é uma construção social, uma invenção humana, cabendo aos atores/atrizes sociais sua ruptura ou permanência. Nesse sentido, é importante que se ouça, estude e reflita sobre o que já está sendo partilhado, enquanto representação social, pelos profissionais que colaboram para a construção social da mediação no país, mais especificamente os advogados, um agente central para a transformação do paradigma adversarial de resolução de conflitos. Consequentemente, se passará propriamente as representações dos advogados familiaristas acerca da mediação.

4.2 Usos e representações dos advogados familiaristas acerca da mediação

As representações aqui apresentadas remontam aos questionamentos sobre a experiência dos advogados com os métodos autocompositivos; suas opiniões sobre o uso da mediação em processos que envolvem o direito de família; suas impressões acerca das mudanças que o NCPC trouxe com relação ao uso da mediação, especialmente em varas de família; e como enxergam o papel do advogado na mediação. Assim, como todos esses questionamentos foram abordados de forma aberta, muitas variáveis vieram à tona.

De plano, destaca-se que todas as categorias discutidas anteriormente (retorno de sentimentos, o ideário de que a demanda familiarista é diferenciada, a influência da formação jurídica adversarial, e etc.) estão interligadas e muito presentes nas falas e justificativas acerca das concepções dos advogados sobre esse método. Em geral, percebeu-se que o uso e as percepções da mediação na advocacia familiarista é de pouca incidência e superficial.

Verificou-se que quando os entrevistados possuem algum conhecimento acerca do que se trata a mediação, compreendem-na como salutar aos processos familiaristas, acreditando nas benesses oriundas de sua aplicação. No entanto, conforme o grau de desconhecimento há mais refutação e descrédito no método e em sua eficácia.

Por isso, se constatou que a idade do entrevistado ou tempo de advocacia não foram fatores preponderantes para as convicções acerca da temática, mas sim o quanto já estavam familiarizados com a mediação, a partir do vínculo com outras atividades, como por exemplo, cargos na OAB, projetos em universidades ou cursos de aperfeiçoamento. Os entrevistados que tinham mais proximidade com a mediação se mostraram a favor, embora enxergassem muitas dificuldades no percurso entre a teoria e a prática.

Além disso, pode-se considerar que o tempo de vigência do NCPC também foi influenciador e interveniente nas concepções e justificativas dos entrevistados⁵¹. Ao tempo da pesquisa, ou seja, oito meses após a vigência do NCPC, as experiências com a técnica da mediação e seu entendimento se mostraram muito escassas.

Enquanto todos os entrevistados disseram ter larga prática com conciliação e ter participado de sessões de mediação cível, a experiência com mediações familiares foi

⁵¹ Esse aspecto será melhor detalhado a seguir, durante a explicitação da observação participante, na qual se tratará sobre dados como o aumento da presença dos mediandos e advogados em sessões de mediação, bem como mudanças comportamentais dos advogados com o decorrer do tempo.

mínima. A maioria tinha ampla prática com audiências de conciliações nas varas de família, mas não em mediações familiares. Isso se deve ao fato de que, como explicitado no capítulo anterior, durante as entrevistas, as mediações familiares ainda não estavam sendo realizadas na comarca de Rio Grande pelo CEJUSC, apenas via protocolo de cooperação com a FURG, em que eram designadas sessões de conciliação familiares com técnicas de mediação.

Nessa perspectiva, como os entrevistados já não possuíam conhecimento acerca do que se tratava a mediação, nem das diferenças entre mediação cível ou familiar, tampouco que o que estava sendo realizado na comarca dizia respeito a um protocolo de cooperação em que se aplicavam ferramentas da mediação em audiências, constatou-se uma recorrente confusão entre mediação e conciliação nos relatos. Por exemplo, Martha demonstra seu desconhecimento referindo: *“Na vara de família, até tem acontecido pela aquela primeira audiência que não vai o juiz, da outra parte, ontem mesmo aconteceu né. A gente já conseguiu na primeira assim”*. Quando indagada o que era esse “conseguiu”, explicou que *“na família a gente já conseguiu conciliar, mas no cível não”*.

Nota-se nessa, e em muitas narrativas, que não há distinção entre conciliação e mediação. Sendo assim, os entrevistados se reportam ao termo conciliação para se referir que se chegou a um acordo, que se negociou durante um processo, que se dialogou, etc., numa clara intenção de explicitar a conciliação como um gênero que significa uma tentativa de extinguir o processo por meio de uma composição.

Quando os advogados entrevistados demonstravam saber das diferenças entre esses métodos, a maioria se limitou a apenas afirmar que conhecia de ouvir falar. A entrevistada Luiza explica: *“Eu sinceramente assim, eu não tenho o estudo. Eu sei que existem algumas diferenças assim, mas não, não tenho essa percepção tão apurada de uma coisa ou outra”*.

Em relação às mudanças advindas com o NCPC, a entrevistada Joana, afirmou: *“É, eu até agora, a única coisa boa que eu achei do Novo Código foi o prazo em dia útil”*. Desse modo, externou que desacredita nos métodos autocompositivos, pois, em suas palavras: *“Acontece que esses juízos, eles não tem... eu sempre digo assim, o que é sob pena de nada, não dá em nada. E é o que eu noto dessas tentativas né”*. Nesse caso, a advogada Joana, além de desfavorável aos métodos autocompositivos e, consoante seus relatos, muito agarrada ao paradigma heterocompositivo, demonstrou não conhecer

a multa pelo não comparecimento em sessão de conciliação ou mediação designada, prevista no art. 334, §8º do NCPC.

Em contrapartida, seis entrevistados disseram ter gostado das inovações, principalmente no que tange à mediação. Segundo João, *“acho que o NCPC nesse ponto veio num bom momento”*. Clara explica que a mediação facilitou demandas familiares que envolvem matéria de violência doméstica: *“a questão da conciliação e mediação é bem válida no novo processo, facilitou bastante. As questões também de que saem, não da criminal, do juizado da violência doméstica, que direciona tudo para uma mediação na família também ajudou bastante”*.

Ao passo que três advogadas disseram que é cedo para se manifestar a favor ou não do Novo Código ou que ainda não tem opinião formada, sendo que suas justificativas foram diferentes. Frases como: *“é uma coisa muito nova né”* e *“[...] ainda está tudo de cabeça para baixo, ainda está àquela confusão que cada um diz uma coisa. Ninguém entende direito né”* surgiram para ratificar suas concepções.

Martha relatou que está aprendendo com a prática e ressaltou dois pontos: a questão da obrigatoriedade da mediação e a demora nos processos. Em suas palavras: *“Acho que a influência do Código em relação à conciliação, acho que vai ter coisas positivas, mas não sei se a imposição, o fato de ter que ter uma obrigação não vai gerar mais demora entendeu? Porque no cível mesmo a gente viu muito isso, a gente sabia que não ia conciliar, sabia que a pessoa não ia se manifestar, era até contra empresa, que não tinha chance nenhuma e mesmo assim a gente esperou a data pra pessoa não comparecer sabe? Então eu sinto, a gente sente um pouco de atraso assim.”*

Os dois pontos destacados por Martha foram abordados por alguns entrevistados em outros momentos. Por exemplo, segundo João: *“O que eu tenho observado assim do NCPC, principalmente alguns juízes que são mais detalhistas, eles estão exigindo, eles estão mesmo que alguma das partes não concorde com a conciliação, eles estão mesmo assim impondo a conciliação”*. E Joana observou *“o CEJUSC só tem atrasado mais”*.

A aparente incongruência entre a obrigatoriedade das sessões de mediação imposta pelo NCPC, a qual estipula que as mediações ocorrerão como regra, salvo se ambas as partes manifestarem desinteresse em participar, enseja duas reflexões: a primeira envolve a questão do princípio da voluntariedade do procedimento; e a segunda, de que pode servir de manobra para dar morosidade ao processo (mediação como instrumento para atrasar os processos).

Segundo o princípio da voluntariedade, os mediandos participam e permanecem no procedimento mediativo se assim desejarem, pois é imprescindível que se respeite a autonomia dos mesmos, razão pela qual não são obrigados a mediar. Contudo, ao se estipular como regra a designação das sessões de mediação, até mesmo em casos que uma das partes manifesta desinteresse na mesma, alguns advogados advertiram, tanto nas entrevistas quanto durante a observação participante, que isso tem gerado demoras nos processos ou, a depender das intenções das partes solicitadas nas ações, manobra para protelá-lo.

Saad (2016, p. 1923) aduz que a maioria das legislações sobre mediação estabelece essa contradição ao instituir a obrigatoriedade quando se “argumenta” que a mediação é voluntária, por isso afirma sua posição no sentido de reconhecer a existência de princípios que regem os institutos, apesar da sua regulamentação normativa. Nessa perspectiva, discorre porque os padrões tornam obrigatórios certos atos no processo:

Entonces ¿por qué las normas dan carácter obligatorio a ciertos actos en el proceso? Creemos que la explicación puede ser sostenida en tres sentidos: a. Lo obligatorio no es absoluto. Es decir, la obligatoriedad está impuesta dentro de la mal llamada Mediación judicial y orientada sólo al acceso al proceso, a la asistencia del requirente y requerido en el primer encuentro pero no a la obligación que éstos continúen (contra su voluntad) en el resto del proceso. b. La obligatoriedad es relativa por cuanto, ante la falta de concurrencia del requirente o requerido, se da término a la mediación para continuar con el proceso judicial, imponiéndose una multa. c. La imperiosa necesidad de imponer en la cultura jurídica actual la mediación, a fin de disminuir la cuantía de las causas que llegan a juicio, cuantía que atenta contra la verdadera eficacia del procedimiento tradicional. (SAAD, 2016, p. 1923).

Por conseguinte, compreendem-se as impressões dos advogados entrevistados e concorda-se com Saad (2016, p. 1923-1924) que essa relativa obrigatoriedade prejudica a eficácia do procedimento e ataca seu espírito. De certo, a obrigatoriedade não é o caminho mais adequado para estabelecer uma cultura de mediação. Entretanto, foi à forma encontrada para dar visibilidade à metodologia. De modo que, segundo essa autora, para que a obrigatoriedade pereça são necessárias políticas ativas de informação e conscientização para dar lugar a uma total voluntariedade.

No que tange à percepção dos advogados quanto à aplicação da mediação familiar, apenas dois se manifestaram contra a utilização dessa forma de condução dos conflitos. João justificou sua concepção porque entende que são casos que envolvem sentimentos e, por isso, a mediação e a conciliação são mais “*complicadas*”: “*Aí eu já acho mais complicado. A mediação em direito de família eu já acho, mediação e*

conciliação mais complicado porque como eu te disse existe aquela coisa, aquela mágoa”.

Já Beatriz não considera “interessante” a mediação familiar, pois, para as partes, seria necessária a presença do juiz. Aduziu também a falta de credibilidade dos mediadores e entende que a mediação atrasa os processos: *“Não acho interessante. Não acho. Eu acho que na vara de família mesmo, eu acho que não [...] E não sei se as partes não querem realmente ter a presença entendeu do juiz, porque a situação, primeiro eu acho que atrasa muito e segundo acho que eles não colocam credibilidade pra aquela situação ali”.*

Questões relacionadas diretamente ao ofício dos mediadores foram trazidas em três relatos, tais como a sua descredibilidade, em relação à (in)competência para resolver os conflitos; a falta de empenho dos mesmos para realizar acordos (*“não percebo neles uma vontade assim, uma disposição de fazer um acordo”*) e a importância da imparcialidade destes (*“Eu sou a favor desde que as mediadoras consigam realmente serem imparciais né”*). Todos esses fatores estão ligados à crise das relações intersubjetivas, ao enraizamento da cultura adversarial, centrada no juiz-poder, em contraponto a falta de experiência dos mediadores da comarca de Rio Grande, os quais ainda estão em formação e não possuem uma supervisão direta.

De outra parte, oito, entre os dez entrevistados, se disseram a favor do uso da mesma em processos que envolvem Direito de Família. Dentre os motivos apontados estão o menor desgaste emocional, o fato de esse procedimento ajudar a gerir o conflito, a lidar com mágoa, o afeto e etc. De acordo com Luiza: *“Acho muito importante à mediação nesses casos pelo que eu disse das pessoas conseguirem resolver seus conflitos e também porque nessas ações envolve muito a questão do afeto. Por isso, acho muito importante”.*

Ana concebe a importância dos métodos autocompositivos, mas entende que tudo deve ser bem trabalhado. Crê que há uma linha muito tênue entre o entendimento e uma imposição: *“Só que eu acho que tem certas coisas que precisam ser muito bem trabalhadas antes de chegar nessa composição porque existe uma linha muito tênue entre a pessoa concordar de verdade e se sentir pressionada a concordar porque tá naquela situação”.*

Duas entrevistadas manifestaram ressalvas com o número de pessoas dentro da sala durante uma sessão de mediação. Segundo Júlia *“Primeiro, primeira coisa que eu não gostei, tinha muita gente... [...] E aí quando nós entramos na sala de audiências*

para a reunião tinha dez pessoas lá dentro. E a minha cliente olhou aquele monte de gente, Rio Grande é uma cidade pequena, as pessoas se conhecem... ela é cabelereira, então as pessoas a conhecem. Claro, não é que toda a cidade conheça, mas é uma pessoa que é conhecida. E ela ficou assim 'Por que é que tem um monte de gente aqui?''

Como dito anteriormente, nas sessões de mediação realizadas pelo Poder Judiciário nacional, trabalha-se em comediação (com a participação paritária de dois mediadores presidindo a mediação) e, no mínimo um, no máximo, dois observadores. E isso, em alguns casos, pode retrair os mediandos, principalmente em se tratando de demandas familiaristas. Por isso, parece que o modelo ideal seria que a sessão de mediação contasse apenas com os dois mediadores que a presidem e um observador. Entretanto, acredita-se que se bem desenvolvida a declaração de abertura, explicando-se os papéis dos mediadores e dos observadores, criando-se um *rapport*⁵² com os mediandos, essa sensação de retraimento pode ser contornada e dissolvida.

Outro aspecto, apontado pela entrevistada Maria, é bastante singular: honorários advocatícios. Segundo Maria: *“Eu sempre, a primeira coisa que eu faço, é tentar mostrar para o meu cliente que um acordo vai ser sempre melhor, o desgaste emocional é menor, o preço que eu cobro, eu já tenho um preço pra quando existe uma ação consensual e pra quando a gente realmente vai ter que ir para um litígio. Eu não tenho interesse no litígio porque eu sei que o meu cliente nunca vai ficar satisfeito mesmo porque só o tempo que ele vai perder”*.

Essa advogada trouxe os honorários no sentido de cobrar preços diferenciados em caso de uma ação consensual e uma litigiosa, como um estímulo à realização de acordos, pois crê que sempre será melhor um acordo do que o litígio. Apesar de mais nenhum entrevistado ter levantado essa pauta, em palestra intitulada “Mediação e práticas colaborativas: novas possibilidades na atuação do advogado”⁵³, realizada na sede da OAB em Rio Grande, a apreensão desses profissionais no que tange a verba honorária contratual e sucumbencial em sessões de mediação ficou evidente.

Os relatos demonstraram que as origens de certa resistência ao procedimento estão na questão dos honorários e num sentimento de defesa do modelo adversarial. A

⁵² O *rapport* é um dos principais objetivos do mediador, isto é, conseguir estabelecer uma relação de confiança, sintonia e conexão com os mediandos.

⁵³ Ocorreu em 23/11/2017, no auditório da OAB Subseção Rio Grande, apoiada pelo CEJUSC Rio Grande, OAB Rio Grande e EMAJ. Salienta-se que, na ocasião, o quórum de ouvintes foi bem escasso, tinham, aproximadamente, vinte pessoas inscritas, sendo que a maioria eram membros do CEJUSC Rio Grande.

mediação produz uma ruptura no paradigma conhecido, ao mesmo tempo em que, gera insegurança com o novo. Consoante Beatriz: “*É novo né ainda. E o novo também às vezes assusta. Às vezes também tu não sabes o que vai ser aquilo ali, se vai te favorecer, se não vai*”.

Percebeu-se, então, que o fator novidade agregado ao desconhecimento (do que é mediação, como funciona e do importante papel que desempenham para a viabilização dessa metodologia) colaboraram para esse cenário de preocupação, sem enxergar que a legislação acerca da profissão no país já aborda essa questão. O novo Código de Ética da OAB, por exemplo, dispõe em seu artigo 48, parágrafo 5º que: “É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial”.

Igualmente, o artigo 22, parágrafo 4º, do Estatuto da OAB, estipula que: “O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença”. Portanto, mais uma vez, se constatou que a ignorância e o “novo” geram resistências, disseminando o costume de se reproduzir conceitos e condutas sem se realmente pensar sobre as mesmas. Nesse caso, os advogados aparentavam buscar a manutenção de um *status quo*, normalizado e rotinizado, que cotidianamente eles próprios reclamam e põem em cheque, ante a sua insuficiência e ineficiência.

De modo geral, em oito das entrevistas, o que se verificou, foi um conhecimento raso da temática e, sob esse terreno, mitos e reducionismos são reproduzidos em suas falas. Apenas duas entrevistadas, realmente, externaram compreender do que se trata e qual o papel que desempenham nesse modelo. Ressalta-se que não se está dizendo que pelo fato de compreenderem a importância da metodologia é que detém o conhecimento. Caso contrário, os outros seis advogados que validaram a aplicação da mediação familiar também teriam que ser tidos como conhecedores da temática.

O que se está afirmando é que vão além da simples compreensão da importância do diálogo e do advogado para que a política pública judiciária seja materializada, pois desenvolvem mais a fundo suas respostas e problematizam o assunto. Por exemplo, Ana discorre sobre a gerência do Estado na vida das pessoas, sobre a visão perde-ganha, etc. E Maria traz ressalvas quanto o momento processual mais oportuno para a realização das sessões de mediação (entende que seja na réplica) e a orientação dos mediadores entrarem “cegos” na sessão de mediação.

Nas palavras de Maria: *“Depois da contestação, as pessoas, os advogados e as partes, já tem noção onde eles extrapolaram, onde eles têm chance de ganhar, onde eles têm chance de perder, eles teriam ouvido o outro lado da história e dito assim ‘Bah, viu, mas a coisa não é bem assim. Não, mas eu não tinha pensado por esse viés. Aqui meu cliente omitiu. Aqui o meu cliente me enganou’. O próprio cliente teria comovido o seu advogado a esse tipo de coisa ‘olha, eu se fosse tu quem sabe tu pensa nessa possibilidade. Eu faria tal coisa. Eu fincava o pé aqui, mas eu sedia um pouco lá’. E chance seria maior”*.

Quanto ao fato de o mediador não poder saber do que se trata a demanda, antes da sessão de mediação, afirma que essa diretriz pode ser uma *“faca de dois gumes, que prejudica mais do que beneficia”*. Maria compreende que, em razão disso, muitas vezes os mediadores *“[...] vão ficar como figuras decorativas e eu acho isso ruim, até porque tu adias o andamento do processo. Tu vai ter essa, primeiro de tudo outra coisa o réu é chamado para a audiência sem ter lido e sem saber praticamente do que se trata a ação. É ruim, é ruim porque tu vais assim não sei nem o que está acontecendo, como é que eu vou fazer acordo? Tu colocas um bloqueio. Ele teria que ter pelo menos noção do pedido né”*.

Nessa perspectiva, o protocolo de os mediadores não terem acesso ao processo, pode ensejar a impressão de que estão despreparados e que não podem ajudar na condução do conflito, mas visa à preservação da imparcialidade, evitando-se a formação de julgamentos e juízos de valor. Com relação ao fato de nas demandas familiaristas as citações não conterem o teor da inicial (*“o réu é chamado para a audiência sem ter lido e sem saber praticamente do que se trata a ação”*), o objetivo do artigo 695 do NCPC é diminuir a polarização, propiciando as tratativas de acordo na sessão de mediação, e não o exercício de defesa (PELLEGRINI; SIMIONI, 2016, p. 132).

Entretanto, os aspectos problematizados por Maria são relevantes, pois podem ser considerados no sentido de auxiliarem a compreender as razões de determinadas resistências dos advogados e de como alguns protocolos são percebidos pelos usuários e agentes jurídicos envolvidos nas práticas mediativas de justiça. Por isso, realmente, se afirmou que apenas duas advogadas externaram compreender a temática, posto que enquanto na maioria dos relatos o conhecimento se limitava a suas condutas de não fomentar o conflito, em conceber o diálogo como importante e, no máximo, relatar algumas experiências empíricas de tentar acordo em seus escritórios (jurisdição voluntária), essas duas entrevistadas foram além.

Exemplifica-se o conhecimento raso ou desconhecimento com uma narrativa. A entrevistada Júlia, afirmou ser a favor do método, mas compreende que existem exceções, citando os casos de violência doméstica como exemplo. Em suas palavras: “*É, eu sou a favor, mas tem exceções assim...*”. A origem de sua opinião reside em, ao tempo da entrevista, ter experienciado apenas uma mediação familiar, a qual, em suas palavras, foi “bem traumática”. Para preservar o sigilo que envolve a relação cliente-advogado e o anonimato dessa entrevistada, resumidamente, relatou um caso que envolvia um divórcio, com situações de violência doméstica, alienação parental grave, em que houve erro na citação de sua cliente (pois referia para levar suas testemunhas no ato) e a parte contrária levou o filho do casal, de 12 anos de idade, para a sessão.

Pela narrativa de Júlia, nesse caso houve uma sucessão de erros, os quais, se se mostrassem corriqueiros poderiam colocar em risco a sedimentação dessa política pública. Primeiramente, verificou-se que, em realidade, não se estava diante de uma mediação, mas uma audiência de conciliação com técnicas de mediação realizada pelo protocolo de cooperação com um serviço público de assessoria jurídica. Depois, constatou-se que a citação também estava errada e que o filho do casal não deveria nem ir até ao fórum.

Em razão do desconhecimento acerca do procedimento e da legislação, a advogada não percebeu que se tratava de um caso de imediabilidade⁵⁴, nem os conciliadores observaram isso de pronto, apenas após alguns constrangimentos durante a sessão de conciliação. Segundo Júlia, no decorrer da sessão, os mediadores teriam forçado o prosseguimento da mesma e a sua cliente falar, o que não é a orientação nem em casos de conciliação e de mediação que são mediáveis, tampouco em caso não mediável, em que há violência doméstica e desequilíbrio insanável de poder (situações em que a presença de um coage a do outro), pois, pelo que Júlia relatou sua cliente não conseguia sequer olhar nos olhos de seu ex-marido.

Nesse sentido, a própria entrevistada admite que desconhecia o procedimento: “*Então, eu me senti extremamente desconfortável de iniciar um ato, com a minha cliente do lado, sem saber como é que seria o procedimento porque isso gera uma insegurança para a minha cliente, pra mim e é terrível*”. Destarte, o relato dessa advogada condensa muitos aspectos que apareceram nas demais entrevistas e durante a observação participante, ou seja, compreendem a importância do diálogo e da

⁵⁴ Explicitados no capítulo 1 dessa dissertação.

construção de resoluções consensuadas; trazem um discurso permeado de retorno de sentimentos e da concepção de que o direito de família é uma área diferenciada; mas exibem conhecimento muito superficial, pois a concepção de mediação se limita a valorização do diálogo e realização de acordos.

Além disso, outro fator que se mostra peculiar na pesquisa é: como pessoas que possuem opiniões tão distintas, polarizadas (contra x a favor) em relação à utilização da mediação para a condução de conflitos familiares, e até cíveis em geral, apresentam as mesmas justificativas e inseguranças? Tais como associar o êxito de uma sessão de mediação a formalizações de acordos e a vinculação de sua existência para auxiliar no desafogamento do judiciário.

O relato de Joana resume essa linha de raciocínio: *“Mas não consegui fazer nenhum acordo lá com eles e não percebo neles uma vontade assim, uma disposição de fazer um acordo porque quando tu fazes uma mediação tu tens que colocar o ônus e o bônus né. Tu tens que mostrar para a pessoa, por exemplo, o que é bom num acordo, porque é melhor fazer um acordo do que esperar o Judiciário e se tu fica ‘Ah, vocês conversaram? Vocês tem um acordo? O senhor leu o processo?’, não leva a nada, não tá levando. A coisa não tá sendo conduzida de uma maneira a dar efetividade por não dar resultado. As coisas para dar certo tem que dar resultado”*.

Pode-se inferir, portanto, que a formação dessas representações e pré-concepções já estão se disseminando entre os advogados. Cite-se, como exemplo, a propagação do ideário de que há “mais resultado” – acordos – na área de família do que no cível, que pessoas jurídicas não fazem acordos, que os advogados precisam chegar com os acordos prontos no CEJUSC para que eles ocorram etc. Relatos como: *“eu acho que quando tratam de empresas, principalmente grandes empresas, eles não vão, não fazem”*, *“na família a gente já conseguiu conciliar, mas no cível não”* e *“[...] a situação que a gente vê é que na maioria dos casos tem que chegar com um acordo pronto. Ou seja, tu tens que mediar no teu escritório o acordo e submeter ao CEJUSC porque se tu entrar com uma demanda direto no CEJUSC e não dá em nada tu tem que entrar de novo”* demonstram isso.

O objetivo da mediação é que os envolvidos restabeleçam o diálogo, se apropriem do conflito e passem a enxergá-lo como algo construtivo, responsabilizando-se por ele. Portanto, o acordo e o auxílio na diminuição de processos é apenas uma consequência da mediação. Talvez por essas pré-concepções é que ainda se vincule muito o sucesso dos CEJUSCs, e de uma sessão de mediação, com a necessária

realização de acordos, denotando que não será fácil a sedimentação da mediação no país. Colocou-se dentro de um sistema, da cultura eficientismo, racionalista e positivista, algo totalmente avesso a essa realidade e, por isso, tido como utópico, razão pela qual se precisa desmistificá-lo e multiplicá-lo, caso contrário, sucumbirá a essa cultura posta, tornando-se “mais do mesmo”, como o que aconteceu com os juizados especiais cíveis⁵⁵, mas em maior escala.

Nesse cenário, impende destacar, especificamente, qual a representação que o grupo entrevistado concebe de seu papel na mediação.

4.2.1 Papel do advogado na mediação

Oito dos entrevistados consideram fundamental o papel do advogado na mediação; uma entrevistada aparenta separar a função advocatícia com a de mediadora, entendendo como mediação apenas aquela realizada pelo mediador; e uma compreende, a partir de suas experiências, que o advogado é dispensável durante o procedimento mediativo, atuando mais como um representante formal.

Os que consideram ser o advogado detentor de um papel importante na mediação, em sua maioria, associavam-na à simples conduta de não incitar o conflito e a prática empírica de tentar acordos extrajudiciais. Contudo, as funções do advogado vão muito além, denotando, mais uma vez, consoante Beatriz, que os advogados: “*não estão tendo muito conhecimento*” acerca do que é a mediação e seu papel.

Como o advogado é o primeiro profissional que possui uma relação de confiança com o cliente, seu papel já se inicia relevante pelo suporte ao mesmo, pois “muitos necessitam da presença do advogado para adquirir segurança em suas decisões” (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 266). Não fosse isso, destaca-se também a função de filtragem acerca do que deve ou não ser submetido ao judiciário.

Ana bem explicita isso, compreendendo que o primeiro papel do advogado é o de mediador: “*Acho que o advogado tem que ser um filtro pra ver se precisa mesmo provocar a justiça. Se é possível resolver aquilo sem instaurar um conflito, sem às vezes agravar o conflito porque muitas vezes as pessoas chegam ao advogado com um problema desse tamanho e acabam saindo dali com um problema muito maior*”. Essa

⁵⁵ Cujo intuito, no que tange aos métodos autocompositivos, visivelmente foi distorcido, conforme explicitado no primeiro capítulo.

entrevistada exemplifica dizendo que, por vezes, um cliente chega para resolver uma pensão alimentícia e sai de alguns escritórios também com uma guarda, uma alienação parental, etc. E ressalta que essa filtragem não se trata de *“diminuir o problema da pessoa, [...] mas o papel do advogado é fazer a pessoa entender que a lei não resolve tudo. A lei pode delimitar os parâmetros de comportamento, mas não vai resolver tudo”*.

Além disso, o advogado deve preparar o seu cliente para um encontro não-adversarial, por isso precisa informá-lo de como funciona, o que se espera dele, etc. A esse momento Diskow e Mohr (2012, p. 210) chamam de fase preparatória. Assim, o advogado tem importante função no nivelamento das expectativas dos participantes às possibilidades e limites desse mecanismo (OLIVEIRA; PONTES; PELAJO, 2016, p. 289).

Nessa perspectiva, João elucida que o papel do advogado *“É fundamental porque o advogado né ele tem o dever de instruir a parte para uma mediação, para uma conciliação. Explicar os riscos de um processo também”*. E Maria corrobora essa função explicitando *“Então é importantíssimo e acho que o grande papel do advogado na mediação é preparar o seu cliente para entender o que é a mediação. [...] mostrar pro teu cliente que ele tem o poder de decidir sobre a vida dele junto com a outra parte. E que ninguém vai decidir melhor, ninguém vai conseguir dar uma solução mais adequada do que eles próprios, por mais difícil que seja e por pior que seja essa solução”*.

O advogado também tem como função subsidiar os clientes com informações legais, pois aos mediadores não é dado prestar consultoria jurídica, observando-se o princípio da imparcialidade, bem como em razão de não ser pressuposto a formação em direito para desempenhar o ofício de mediador. Clara destaca a função da advocacia na orientação e no auxílio jurídico aos clientes: *“Bem importante, bem importante, porque muitas vezes eles não sabem nem por onde começar, não sabem nem como fazer um acordo ou então aquela situação de que um não sabe o que pode e o que não pode, acabam brigando por falta de conhecimento. E o advogado ali naquele momento ele explica a situação, como muitas vezes já aconteceu, em uma guarda mesmo de criança, o pai achar que tá perdendo o poder familiar”*.

Segundo Almeida e Paiva (2016, p. 264) o advogado ainda pode ter duas utilidades adicionais: *“(i) propiciar maior igualdade entre as partes na condução das negociações, impedindo que o estilo de uma imponha decisões à outra, e (ii) avaliar a*

viabilidade jurídica das propostas e do acordo que porventura seja obtido ao final do procedimento, impedindo a constituição de obrigações inexequíveis”. Assim, como bem destacam esses autores:

Para que haja a sedimentação e coerência da mediação no país, os advogados precisam compreender o seu papel nessa proposta de condução dos conflitos, isto é, que passam de defensores a assessores legais de seus clientes, oferecendo os parâmetros jurídicos para a negociação em curso; auxiliam na escolha do mediador; e atuam como consultores na identificação dos interesses e necessidades da outra parte, visando ajudar a propor soluções de interesse e benefícios mútuos (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 264).

Por outro lado, a presença do advogado, se não estiver imbuída dessa perspectiva, não-adversarial e de assessoria jurídica, em alguns casos, pode revelar-se verdadeiramente prejudicial ao desenvolvimento mediativo, por multiplicar os interesses em jogo e aumentar a litigiosidade do conflito (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 266). Segundo Maria o papel do advogado é *“Importantíssimo, inclusive para saber quando ele tem que ficar quieto porque às vezes o advogado estraga tudo. Nada, não estou falando especificamente de qualquer colega, de qualquer pessoa, mas como todo o profissional ele tem que saber o momento exato de se colocar ou o momento exato de ficar quieto”*.

Luiza ratifica isso afirmando que vê alguns colegas, muitas vezes, fomentarem o conflito e que, *“principalmente na vara de família o advogado tem que tentar o máximo possível ser um mediador, ser um conciliador e não fomentar a beligerância que já existe né, que lida com os sentimentos da pessoa e não ‘ah, é isso mesmo. Ele é um canalha e não sei o que. Vamos tirar tudo dele e papapa’. Tu podes estimular isso ou dizer ‘não, vamos dentro do bom senso, vamos tentar’”*. Nesse aspecto, a compreensão de que a figura do advogado é tão importante que pode prejudicar uma mediação deve ser ressaltada.

Uma boa mediação é aquela em que todos os atores estão presentes (mediadores, advogados e mediandos) e em que todas as fases são realizadas, observando-se o respeito, de maneira que o mediador consiga desempenhar o seu papel de facilitador do diálogo e fomentador da mudança de olhares acerca do conflito, gerando opções de benefícios mútuos; que os mediandos consigam se expressar, demonstrando suas questões, interesses e sentimentos; e em que o advogado tenha seu espaço reservado para assessorar seus clientes, por meio da transmissão de segurança e sanando dúvidas jurídicas, auxiliar na manutenção de um ambiente colaborativo e ajudar na criação de opções e exequibilidade das mesmas.

Entretanto, quando há um elemento dentro dessa sistemática avesso a esse fluxo “normal” de uma boa mediação poderá haver prejuízos. Alguns fatores de resistência dos advogados já foram elencados, mas, nesse momento, cumpre destacar não só o elemento formação jurídica dos patronos, mas o fato de que tanto os advogados quanto os mediandos experimentam um “estado oscilatório” (ALMEIDA, 2014, p. 137), entre o paradigma da disputa, da adversarialidade e o da colaboração, durante o processo de mediação, e até mesmo após o seu término.

O paradigma da adversarialidade espera que o advogado seja o representante do cliente nos processos, quem deve tomar a frente, falar e decidir as estratégias. Almeja-se ou espera-se o confronto, de maneira a vencer e buscar a anulação do outro, nesse paradigma. Em contrapartida, a mediação abala essa realidade sedimentada há muito tempo, pois quem ganha voz são os mediandos, buscando-se mudar a perspectiva de confronto do conflito⁵⁶, ensejando, assim, uma ruptura paradigmática.

Em contrapartida, as duas entrevistadas que não compreendem o papel do advogado na mediação trouxeram justificativas distintas. Beatriz trata a advocacia como algo totalmente diferenciado da mediação, mas ao descrever o seu perfil como advogada acaba retratando algumas das funções de um mediador sem as reconhecer: *“Então eu já sei que brigar não adianta, tu tem que ter a paciência, tu tem que sentar, tu tem que conversar, tem que dar ideias porque quem está na separação às vezes não tem o pensamento que tu tá tendo. Então tu tens várias hipóteses para propor para eles porque tu tens a cabeça fresca. E quem está passando pelo problema tem tanta coisa para pensar naquele problema ali que não raciocina como tem que raciocinar. Então uma pessoa de fora eu acho que consegue fazer isso, abrir um pouco esse pensamento pra que a briga não vá tão longe, porque sempre tem briga”*.

Revela, então, a preocupação com o respeito, com a empatia, destaca uma ferramenta muito utilizada pelos mediadores, qual seja, a geração de opções. Já Vitória, argumenta a dispensabilidade do advogado no procedimento mediativo, por compreender que figura apenas como representante formal nesses casos, já que nas mediações em que compareceu *“se sentiu sobrando”*. Destaca-se seu relato: *“Bom à primeira audiência de mediação que eu fiz o advogado vai ali mais como um*

⁵⁶ As noções de conflito e confronto são distintas. E, talvez, a falsa compreensão de que a paz é a ausência de conflito resida nessa confusão. Confronto é sempre negativo, pois se busca vencer o outro, anulá-lo, de modo que para que isso ocorra, necessariamente, alguém terá que perder. Entretanto, o conflito pode ser positivo, quando encarado sob um viés de que é inerente as relações humanas e que pode ser construtivo e transformador.

representante formal mesmo. [...] Eu fui, mas assim te digo claramente que me senti meio que sobrando, como se elas (mediadoras) ocupassem assim aquele papel entendesse”.

Como no Brasil não é obrigatória à presença do advogado durante a sessão de mediação, apesar do artigo 334, §9º, do NCPC prever que as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos, as representações de resistência desses profissionais ganham subsídios. Além de o protagonismo da fala ter migrado para as partes, sentem como se a figura do advogado fosse dispensável nas mediações em razão dessa faculdade de não estarem presentes.

Martha afirmou: *“Eu acho que desvalorizou um pouco a classe a postura de eles poderem solucionar sem a figura do advogado entende? Então um pouco de que não precisa. De que realmente soluciona sem que a gente esteja lá entende? Até não sei se seria essa palavra, mas eu vejo que o nosso cliente se sente também que se a gente não estivesse lá ele conseguiria resolver.”.* E Beatriz confirmou isso: *“É, é como eu te falei agora, eu acho que em algumas situações tinha que ser imprescindível o advogado sabe? Embora eu seja a favor da mediação, eu acho que é super favorável, tem algumas situações que a não obrigatoriedade da presença do advogado me incomoda”.*

Contudo, a OAB já começou a se movimentar pela obrigatoriedade da participação dos advogados em sessões de mediação e conciliação, sob o argumento de que as decisões tomadas nestas oportunidades são definitivas, inclusive o Projeto de Lei 5.511/16 está em tramitação para determinar isso. Além disso, o advogado detém os conhecimentos jurídicos, sendo imprescindível a sua orientação durante as sessões de mediação.

Martha dá um exemplo bem claro da prejudicialidade da ausência de um advogado durante uma mediação, relatando uma situação em que a parte contrária a seu cliente estava desacompanhada de advogado e não se fez entender em seus interesses, saindo em parte prejudicada no acordo realizado: *“ela queria dizer que ela queria desconto em folha e ela não sabia se expressar, o Ministério Público não entendeu, a juíza não entendeu, a gente não se manifestou porque era contrário ao nosso cliente, mas a gente soube que ela, naquele momento, foi prejudicada. E ela não tinha a figura de um advogado para auxiliar ela”.* E complementa: *“Foi o primeiro comentário que a gente fez fora da audiência que ela foi prejudicada porque ela não estava com advogado. Resolveu? Resolveu... sabe? Mas ela podia ter sido mais favorecida”.*

Nesse ponto, a função do advogado na redação da minuta de acordo, refletindo fielmente o consenso alcançado durante a sessão de mediação, e a sua conduta ética no exercício da advocacia pode ser discutida. O que se espera do advogado, consoante destacam Diskow e Mohr (2012, p. 212), é que defenda os interesses de seu cliente até o ponto em que essas posições possam ser sustentadas de boa-fé e estejam apoiadas por lei existente e que sua conduta seja pautada pelos princípios éticos e morais já regulamentados no Código de Ética e Disciplina da OAB.

Segundo Mazzei e Chagas (2017, p. 80): “Há, no papel a ser exercido pelos advogados e defensores públicos, às claras, importante participação para que se alcance a chamada decisão informada”. Pelo princípio da decisão informada, Mazzei e Chagas (2017) explicitam:

[...] aquele que se submete à conciliação e/ou mediação tem o direito de ser alertado acerca da solução consensual em construção, seja no plano processual, seja no plano material, evitando que seja posteriormente surpreendido com o advento de uma consequência jurídica não prevista na autocomposição levada a cabo (MAZZEI; CHAGAS, 2017, p. 80/81).

Logo, incumbe ao advogado muito mais que a mera representação formal durante o procedimento mediativo. Entretanto, o que se verificou durante a pesquisa de campo foram práticas e representações da mediação na advocacia familiarista de pouca incidência e superficiais, se limitando à busca por acordos extrajudiciais ou ações consensuais ou a compreensão de não incitar o conflito enquanto profissional, mas poucos têm real experiência com a técnica, entendem o que é a mediação e o seu papel nesse cenário.

Por isso, confundem-na muito com a conciliação e a vinculam com acordos e desafogamento do Judiciário. Apesar disso, algumas mudanças comportamentais foram observadas após a realização das entrevistas, por meio da observação participante, que se passará a discorrer.

4.3 A mediação no CEJUSC: mudanças nas práticas

Segundo dados do CNJ (2016a, p. 99), o advento do NCPC, com base no que já estava previsto na Resolução CNJ 125/2010, determina, em seu artigo 165, a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), sendo que, no ano de 2015, contabilizavam 649 centros na Justiça Estadual, aproximadamente 6% do

total de unidades judiciárias. O CEJUSC Rio Grande faz parte dessa estatística, pois está em funcionamento desde o ano de 2015.

Nesse mesmo ano, o índice de conciliação passou a compor o relatório anual do CNJ, para saber qual a contribuição – em termos estatísticos – das vias consensuais para a diminuição da litigiosidade brasileira (CNJ, 2016a, p. 99). Contudo, como somente no ano de 2016 que passou a vigorar a etapa obrigatória das sessões de mediação ou conciliação como fase inicial dos processos, “seus efeitos, só serão sentidos no próximo Relatório, em 2017” (CNJ, 2016, p. 382), o qual até a data do corte metodológico desse trabalho não foi divulgado.

No que tange aos resultados referentes ao CEJUSC Rio Grande, em 23/11/2016, a juíza de direito, Fernanda Duquia Araújo, responsável pelo CEJUSC Rio Grande, em palestra intitulada “Mediação e práticas colaborativas: novas possibilidades na atuação do advogado” divulgou os seguintes dados:

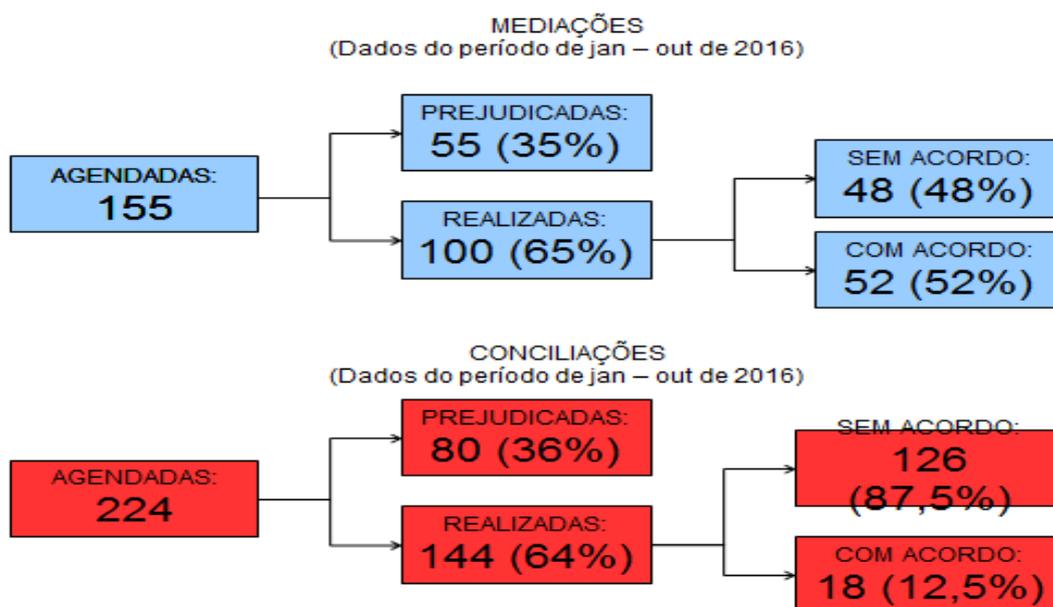


Gráfico 1- Fonte: CEJUSC Rio Grande.

Na oportunidade, referiu que os índices de acordo em mediações eram maiores do que os de conciliação, ressaltando o caráter mais complexo e apurado do procedimento de mediação, se comparado com o conciliatório. Após isso, segundo dados obtidos juntamente ao CEJUSC Rio Grande, ainda no ano de 2016, o período compreendido entre novembro e dezembro de 2016, foram agendadas 23 mediações, das quais 06 restaram frustradas por ausência de, pelo menos, uma das partes, sendo que 17 foram realizadas. Dessas, 5 resultaram em acordo, em 5 não houve acordo e 7 foram

reagendadas para outras datas (os motivos para tanto são diversos: por falta algum dado para fins de acordo ou quando os envolvidos decidem dar continuidade a mediação em outra data, etc.).

Com relação ao período entre janeiro de 2017 a final de junho de 2017:

i) conciliações: foram agendadas 472 conciliações, das quais 158 restaram prejudicadas por ausência de, pelo menos, uma das partes, sendo que 314 foram realizadas, das quais 39 resultaram em acordo, em 247 não houve acordo e 28 reagendamentos. Vide o gráfico abaixo:

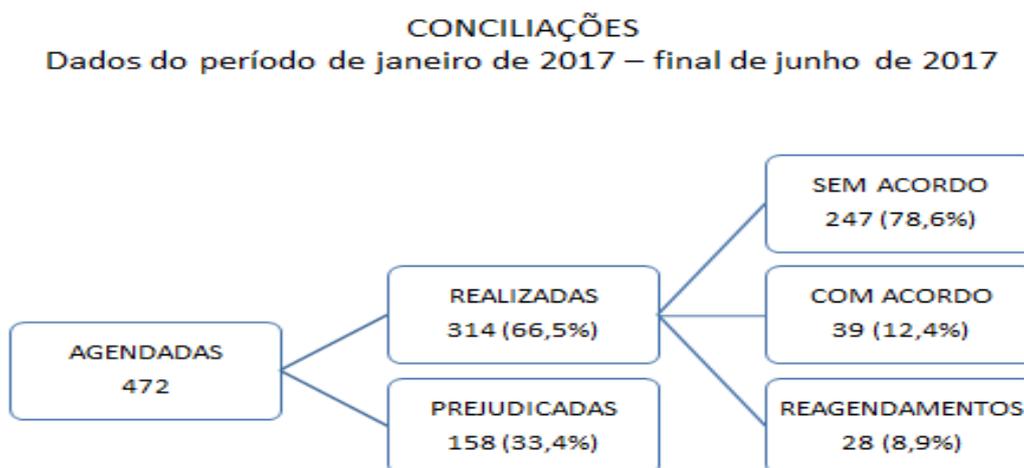


Gráfico 2 - Fonte: gráfico realizado consoante dados disponibilizados pelo CEJUSC Rio Grande.

ii) mediações cíveis: foram agendadas 117 mediações cíveis, das quais foram 32 frustradas em razão da ausência de, pelo menos, uma das partes, sendo 85 realizadas, de maneira que 16 resultaram em acordo (um deles parcial), 1 as partes compuseram acordo antes da sessão, em 45 não houve acordo e 23 reagendamentos. Quanto aos dados referentes às mediações cíveis ver gráfico abaixo:

MEDIAÇÕES CÍVEIS
(Dados do período de janeiro - a final de junho de 2017)

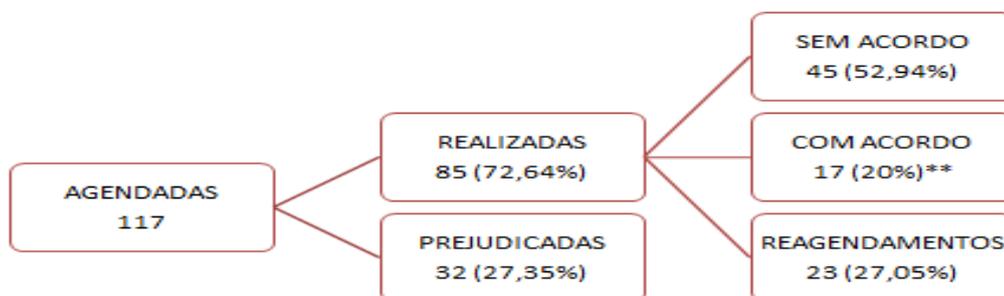


Gráfico 3 - Fonte: gráfico realizado consoante dados disponibilizados pelo CEJUSC Rio Grande.

No que tange as mediações familiares, os dados estatísticos começaram a ser computados a partir de 22/05/2017, ocasião em que começaram a ser realizadas as mediações familiares pelos mediadores do CEJUSC Rio Grande. Vide o gráfico abaixo:

MEDIAÇÕES FAMILIARES
(Dados do período de 22/05/2017 – 27/06/2017)

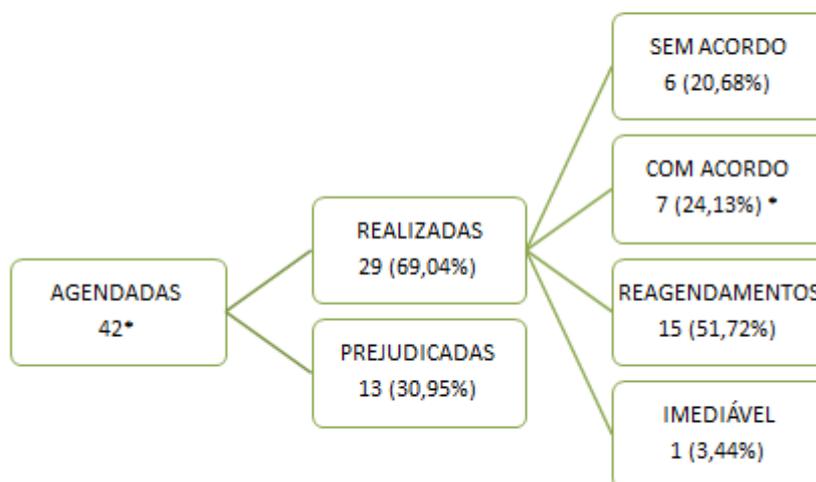


Gráfico 4 - Fonte: gráfico realizado consoante dados disponibilizados pelo CEJUSC Rio Grande.

A partir dessa data até o recorte temporal dessa dissertação, foram agendadas 42 mediações familiares, das quais 13 foram prejudicadas; 29 realizadas, sendo: 6 acordos totais, 1 acordo parcial, 1 caso imediável, 6 não acordos e 15 reagendamentos.

Percebe-se que os dados estatísticos se harmonizam com o que foi vivenciado na prática enquanto mediadora judicial em formação, e até mesmo como advogada, pois o que se observou, de plano, ao começar a mediar, foi a dificuldade de os mediandos comparecerem nas sessões de mediação e conciliação aprazadas. Vide o número elevado de mediações cíveis e familiares frustradas só no ano de 2017, representando 27,35% de ausências nas mediações cíveis e 30,95% das mediações familiares agendadas.

Nessa perspectiva, a entrevistada Vitória chegou a referir essa impressão: “*geralmente uma das partes sempre falta. É muito comum de acontecer uma das partes faltar à audiência*”. Essa percepção também foi identificada nas práticas realizadas pelo CRAF – Centro de Referência em Apoio à família -, via Projeto Mediação de conflitos da FURG, conjuntamente com a Vara de Família da Comarca de Rio Grande/RS.

Nesse convênio, como já explicitado, o projeto de Mediação de Conflitos da FURG, realiza as audiências de conciliação, designadas pela Vara de Família de Rio Grande, com técnicas de mediação, sendo que, em uma análise qualitativa, identificaram que não são somente os mediandos que não se fazem presente, mas seus procuradores também. Em 39 (trinta e nove) sessões agendadas: 30,7% dos advogados do autor estavam presentes; 5,12% dos advogados do réu se fizeram presentes; e, absurdamente, em 35,9% dos casos houve a ausência de ambos os procuradores.

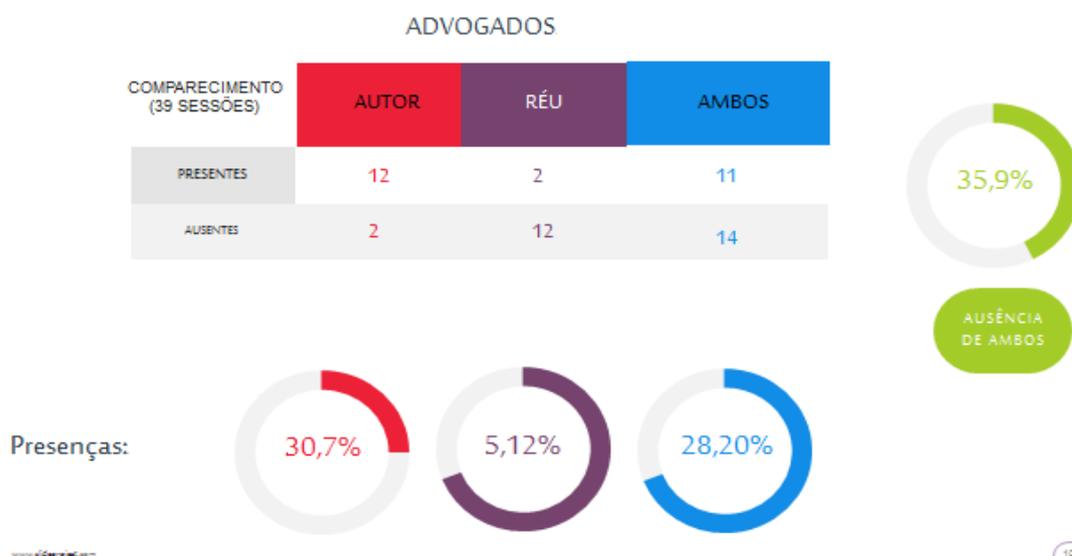


Gráfico 5 - Fonte: CAURIO; SILVEIRA, 2016.

Esse cenário colabora para que todos os envolvidos com uma sessão de mediação se sintam frustrados com esse padrão de ausências, pois toda a máquina

judiciária e a vida das pessoas envolvidas são movimentadas para que uma sessão de mediação ocorra, de maneira que os que se fazem presentes nas sessões se sentem desapontados. O que, não raro, enseja questionamentos acerca da multa prevista, no artigo 334, §8º do NCPC, em razão do não comparecimento nas sessões e, em certo aspecto, fomenta a litigiosidade já existente.

Nesses casos, quando se questiona acerca da aplicação da multa, a orientação dada aos mediadores é de informar que os advogados podem peticionar solicitando, mas que não se sabe o que vem sendo decidido. Isso porque não é papel do mediador esclarecer esse tipo de informação, a fim de resguardar o princípio da imparcialidade e também porque o mediador não sabe o que vem sendo decidido e aplicado com relação a isso. Já que o processo que vai para o CEJUSC acaba voltando para a vara de origem, não havendo como acompanhar diretamente o desfecho de casos em específico.

Em contrapartida, se pode observar no decorrer da pesquisa de campo, a partir da observação participante, algumas mudanças comportamentais dos advogados que frequentam o CEJUSC Rio Grande. Por exemplo, antes de uma sessão de mediação, um advogado que costuma realizar muitas audiências cíveis de mediação e conciliação no CEJUSC, relatou a uma colega mediadora *“Viu Doutora, estou aprendendo... hoje tenho até propostas de acordo”*. Apesar de essa afirmação poder denotar a vinculação de efetividade do CEJUSC e da mediação ao acordo, constatou-se com essa asserção uma quebra de resistência, pois se tratava de um advogado que sempre externou descrédito para com o trabalho do CEJUSC.

Não fosse isso, a mudança, aparente, de opinião de algumas entrevistadas também foi notada. Esse fato chamou a atenção, pois, ao tempo da pesquisa de campo, elas se mostraram as variáveis “mais fora da curva”, com respostas negativas em relação à mediação, demonstrando, além disso, algumas opiniões mais conservadoras e positivistas. Depois, ao encontrá-las em sessões de mediação e palestras sobre mediação, se percebeu, pelos seus posicionamentos nos eventos, que começaram a perceber de forma diferente os métodos autocompositivos.

Essa mudança de postura também pode ser observada com relação a um defensor público da comarca, o qual fez questão de modificar seus horários de atendimento para poder participar das sessões de mediação. A presença do mesmo tem sido bem benéfica para seus assistidos, pois se sentem mais seguros e à vontade (tanto no que tange à segurança na acepção literal do termo quanto à jurídica – pela própria equiparação de armas).

Nessa perspectiva, é importante ressaltar as implicações da ausência dos advogados nas sessões de mediação, tais como, a incompreensão das partes, a recusa na tentativa do diálogo, a ausência de orientação jurídica, a progressão da litigiosidade, o desgaste dos recursos do Poder Judiciário e etc. (CAURIO; SILVEIRA, 2016). Assim, consoante o CNJ (2016b, p. 256), bons advogados são muito importantes para a mediação na medida em que apresentam propostas que as partes não vislumbrariam sozinhas e trazem a segurança de que a parte não está, inadvertidamente, abrindo mão de seus direitos. (CNJ, 2016b, p. 256)

Outro ponto que merece ser destacado foi o fato de que os números de reagendamentos das sessões aumentaram. Logo no início da vigência do NCPC, quando não havia acordo na primeira sessão, os mediandos e advogados já postulavam o andamento do processo, no intuito de “se livrar” logo daquela fase que “*não fazia sentido*” – palavras de um advogado em conversa informal na secretaria do CEJUSC.

Hoje, passados mais de um ano de vigência do novo Código, essa realidade já começou a mudar. Até outubro de 2016, conforme relatado pela Dra. Fernanda Duquia Araújo, no gráfico 1, não havia o costume de ser marcados reagendamentos, os mediandos e os próprios advogados não enxergavam razões para que se “atrasasse o processo por mais tempo”.

Contudo, a partir de novembro de 2016, começou a mudar essa realidade. No ano de 2017, por exemplo, a taxa de reagendamentos cresceu muito representando 8,9% das conciliações, 27,05% das mediações cíveis e 51,72% das mediações familiares agendadas. Isso pode denotar que lenta e gradativamente vai-se construindo uma nova mentalidade, apesar das resistências. Entretanto há um caminho longo a ser percorrido para a consolidação dessa metodologia, o que passa, necessariamente pela autorreflexão dos advogados, sem o apoio dos quais, não há como conquistar e manter o espaço da mediação enquanto política pública judiciária.

4.4 A mediação como instrumento de autorreflexão e humanização do processo

Por fim, há que se debaterem ainda dois aspectos: seria a mediação um instrumento de autorreflexão do advogado familiarista e de humanização do processo? Acredita-se que a resposta seja positiva para ambas as interrogações.

Quanto ao primeiro questionamento, entende-se que a mediação pode proporcionar o rompimento com as normalizações (rotinizações e pré-concepções), o estranhamento, e relativizar o olhar. Segundo Da Matta (1987, p. 04) essa relativização se dá por meio de dois movimentos: o de “transformar o exótico em familiar” e o de “transformar o familiar em exótico”. Ou seja, entender honestamente aquilo que é concebido como exótico, por ser o distante e o diferente, o “outro”.

São movimentos pressupostos, pois não somos capazes de enxergar o outro e aceitá-lo, se não conseguirmos nos estranhar em relação ao que somos. A dificuldade está em que esse movimento implica uma operação que não é apenas de ordem intelectual, mas sim, emocional (SARTI, 2004, p. 17). Daí a complexidade desse fenômeno transformativo, que enseja o enfrentamento de “nossa própria posição, histórica, biográfica, educação, interesses e preconceitos”. (DA MATTA, 1987, p. 08)

Portanto, encarar um costume diferente provoca o reconhecimento, pelo contraste, e identificações com nossos próprios costumes, nossas próprias referências. Sarti (2004), ao analisar o tema da família, ressalta o esforço de estranhamento que a aproximação ao outro exige:

Considerar o ponto de vista alheio envolve o confronto com nosso próprio ponto de vista, o que significa romper com o estatuto de verdade que os profissionais e pesquisadores tendem a atribuir a seu saber, relativizando seu lugar ao pensá-lo como um entre outros discursos legítimos, ainda que enunciados de lugares socialmente diferenciados. São conhecidos os obstáculos – de ordem narcísica – a essa *démarche*. (SARTI, 2004, p. 25).

Consequentemente, não é um movimento simples. Da Matta (1987, p. 07), ao diferenciar as ciências naturais das ciências sociais, chega a exemplificar que é mais fácil trocar de televisão ou aceitar inovações tecnológicas do que trocar de valores simbólicos. Entretanto, como dito, pensar criticamente aquilo que se faz foi máxima norteadora para a realização dessa dissertação, partindo-se do pressuposto de que o momento é oportuno para uma “desacomodação”, no sentido de haver um movimento de “olhar para si” (olhar o interno propiciando autorreflexão), em vez de só se voltar ao externo.

Legitimam-se os deslocamentos e descentramentos causados aos advogados pela fixação de uma nova fase processual nos conflitos familiares judicializados, principalmente porque essa fase desconstrói o que é posto, tanto enquanto sistema de resolução de conflitos, quanto como forma filosófica e deontológica de formação desses sujeitos (voltada à embatibilidade/adversarial). Duas questões estão em jogo: a

“idealização de si” e um discurso de desqualificação de um “saber sobre si” das famílias:

[...] de outro lado, está a idealização de si, por parte dos profissionais, expressa na tendência a atribuir exclusivamente a si um saber, com base em sua formação técnica, e negar que a família assistida tenha um saber sobre si própria. Ouve-se o discurso das famílias como um não-saber, uma “ignorância”, negando que esse discurso possa ser levado em conta como um diálogo entre pontos de vista. Essa tendência à desqualificação do outro será tanto mais forte quanto mais a família assistida pertencer aos estratos mais baixos da hierarquia social, reproduzindo os mecanismos que instituem a desigualdade social (SARTI, 2004, p. 24-25).

A mediação vai de encontro à cultura instituída (egoísta) de que somente advogado ou o juiz tem o poder de “resolver” os conflitos e que os envolvidos não tem discernimento para tanto, mesmo sendo eles que viverão as sentenças proferidas pelo método adversarial. A mediação é uma oportunidade para os mediandos, como externado nos capítulos anteriores, mas também para os advogados.

Trata-se de um convite para ressignificar a advocacia⁵⁷. Consoante Da Matta (1987, p. 12): “é na possibilidade de dialogar com o “exótico” que ocorre a oportunidade de se ultrapassar o plano das conveniências preconceituosas interessadas em desmoralizar o “outro””. E, para que isso ocorra, precisa-se que se “esvazie a xícara” (WARAT, 2001, p. 21). “Esvaziar a xícara” é descarregar/silenciar conteúdos internos e olhar para si na procura de um pouco mais de consciência do ser; é autorreflexão que enseja deslocamentos. Warat (2001, p. 21) aduz que para se procurar uma nova existência - a mudança - é necessário erradicar tudo o que está transbordando (opiniões, doutrinas, respostas prontas, saberes de mais):

Não é possível saber alguma coisa, quando se tem excesso de conhecimento. O excesso de informação impede o acesso à sabedoria. A existência fecha-se às ideias. Um espírito carregado de conceitos perde as asas para voar e as raízes que possam lhe outorgar identidade. [...] é difícil crescer, viver, amar, vincular-se porque carregamos toneladas de saberes que temos medo de abandonar, na incerteza das formas de sua substituição, medo do encontro com o novo, que é modo de encontrar consigo mesmo. (WARAT, 2001, p. 23).

Assim, só a partir do esvaziamento e da compreensão de que há um espaço na mediação que precisa ser preenchido – do advogado enquanto assessor jurídico do cliente, colaborador, coparticipante do procedimento e não como agente de resistência ou figura meramente figurativa - é que se vislumbra a possibilidade de se experimentar

⁵⁷ Tanto é um instrumento de autorreflexão que está surgindo às práticas colaborativas em advocacia (abordagem multidisciplinar, não adversarial e extrajudicial de resolução de controvérsias).

uma advocacia mais colaborativa e transformativa. Em contrapartida, sob uma ótica financeira, não menos importante, acerca das benesses da mediação, pode-se citar aspectos como: auferir honorários contratuais mais rapidamente, o baixo custo do procedimento (não há que se falar em pagamento de taxas ou custas), a provável diminuição do número de clientes acumulados, a maior satisfação destes, a celeridade processual, etc.

Trata-se, conforme Valverde (2015, p. 99), de uma grande oportunidade de trabalho para os advogados:

[...] primeiro, porque cria um nicho de atuação do profissional do Direito; segundo, porque ao gerar os resultados que dela se espera de forma global, a mediação fará com que haja um alívio na judicialização de demandas, permitindo maior rapidez e qualidade na prestação da tutela jurisdicional, em prol do interesse das partes, dos advogados, do Judiciário e da sociedade em geral. (VALVERDE, 2015, p. 99).

É uma oportunidade para que se materialize o direito fundamental ao acesso à justiça. De acordo com Goretti (2016, p. 56) “Justiça é, por excelência, uma palavra vaga, ambígua e carregada de significado emotivo, fato que justifica a diversidade de significados a ela atribuídos”. Esse autor discorre sobre dois tipos de justiça: a *individual* e a *coexistencial*, ambos observados e objetivados pela mediação.

Em suas palavras, “definimos *justiça individual* como o estado de contentamento resultante da satisfação das necessidades, sentimento este que se exprime independentemente do pleno reconhecimento de direitos assegurados por lei” (GORETTI, 2016, p. 62). Já a *coexistencial* se relaciona a consagração da solução moral do conflito e a preservação de relacionamentos com vínculo (relações continuadas).

Sob uma ótica formal, o acesso à justiça seria simplesmente o direito de provocar a tutela jurisdicional, mas “de nada adianta a garantia da tutela jurisdicional se o tratamento dispensado ao conflito for inadequado e insuficiente para proporcionar aos conflitantes a pacificação pretendida” (GORETTI, 2016, p. 66). Existe o ideário de que “a pacificação pretendida” diria respeito à certeza de uma sentença, se possível favorável, razão pela qual nesse universo formal do direito de acesso – dogmático - não há espaço para os métodos autocompositivos.

Entretanto, em realidade, a garantia formal do acesso à justiça não subsiste sem que se observem designações de dimensão social, jurídica, política, ética e de igualdade, leia-se o sentido integral do acesso à justiça (GORETTI, 2016, p. 67). Nesse sentido, as pesquisas de satisfação realizadas no CEJUSC Rio Grande denotam isso, pois em que

pese, sob uma ótica formalista e positivista, o acesso à justiça não tenha se consubstanciado, leia-se chegado a um acordo, os usuários desse sistema de condução de conflitos denotam índices de satisfação com o procedimento.

Por exemplo, no período compreendido entre maio e dezembro de 2016, treze mediandos participaram da pesquisa, sendo que para nove deles o índice de satisfação com a mediação foi ótimo e quatro disseram ser bom; onze disseram ter havido melhoria no diálogo, um referiu que esse progresso foi parcial e apenas um disse não ter melhorado; e os treze recomendariam a mediação:

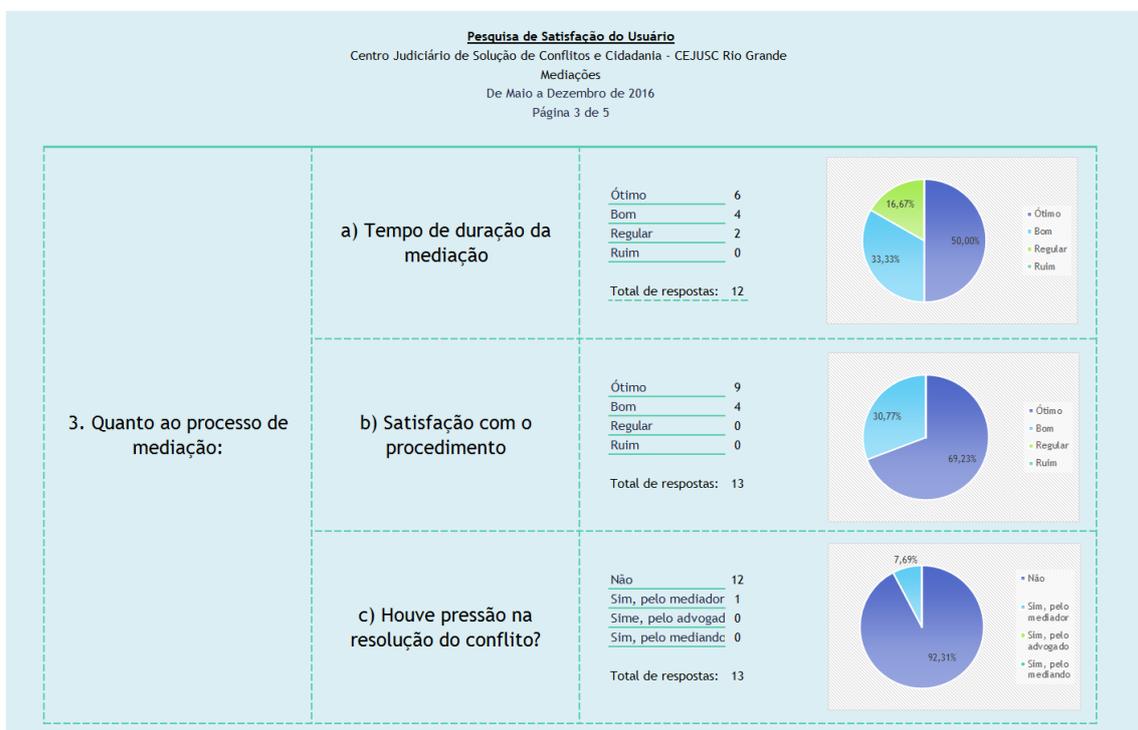


Gráfico 6: Fonte: CEJUSC RIO GRANDE, 2017a.

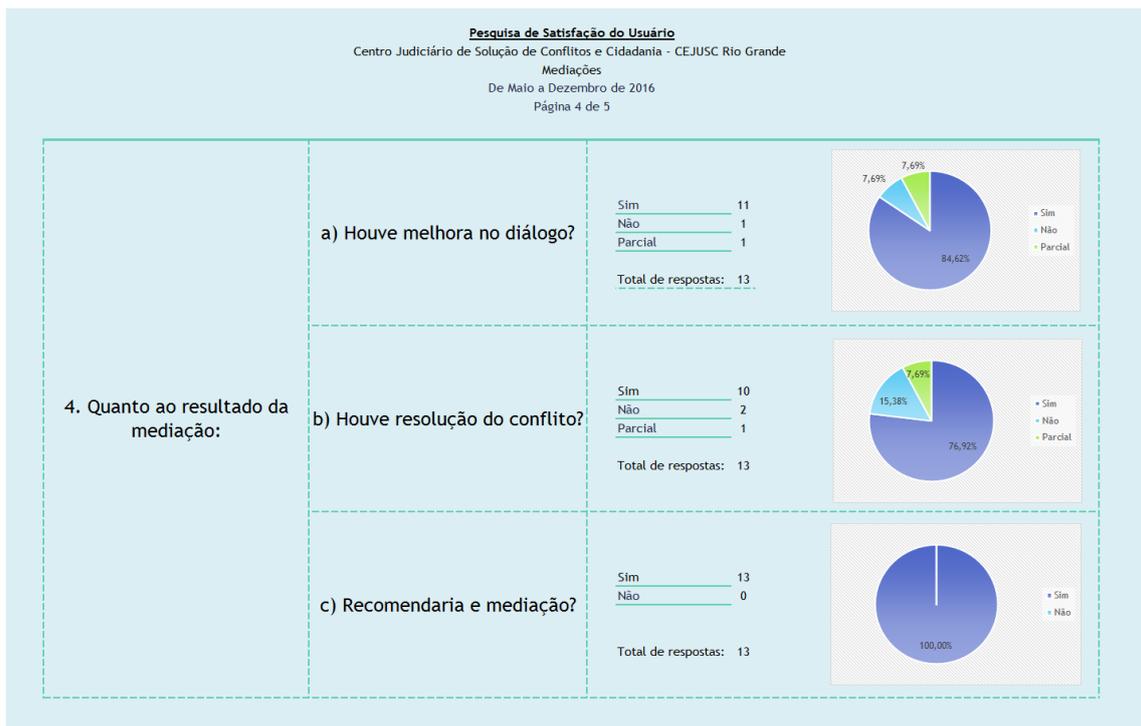


Gráfico 7 - Fonte: CEJUSC RIO GRANDE, 2017a.

Em março de 2017, dez mediandos participaram da pesquisa, sendo que cinco afirmaram ter havido melhoria no diálogo, três disseram que essa deu parcialmente e um relatou não ter melhorado; sete mediandos não obtiveram resolução no conflito, dois obtiveram e um parcialmente, mas, mesmo assim, nove recomendariam a mediação para terceiros:

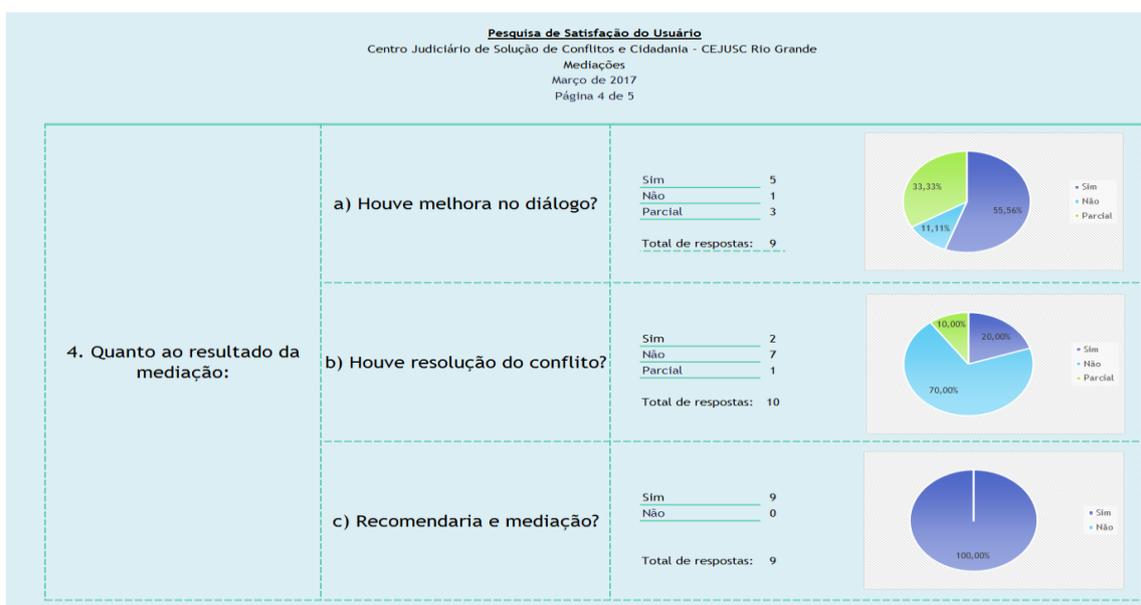


Gráfico 8 - Fonte: CEJUSC RIO GRANDE, 2017b.

Portanto, pode-se afirmar que as pesquisas de opinião acerca do serviço desempenhado pelo CEJUSC indicam certo grau de satisfação, de melhoria no diálogo. E não, necessariamente, o acordo e o, conseqüente, desafogamento do Judiciário.

Ademais, outro aspecto intimamente relacionado ao sentido integral do acesso à justiça precisa ser pontuado, que é a segunda parte dos questionamentos que encabeçam esse tópico: a humanização do processo. Esse aspecto foi abordado na última pergunta da pesquisa de campo, a qual interrogava aos agentes jurídicos o que compreendiam como humanização dos processos, tendo em vista que um dos princípios da mediação é este, na medida em que almeja humanizar os conflitos.

De acordo com o CNJ (2016b, p.32):

Na autocomposição, parte-se da premissa de que o centro do processo são as pessoas que o compõem. Desta forma se faz necessário atentar às necessidades materiais e processuais que os interessados têm ao se conduzir uma mediação ou uma conciliação. Na heterocomposição, por sua vez, há preocupação com a transparência do processo de forma que deve prevalecer a regra procedimental que tiver sido normatizada. Para a autocomposição a justiça é um valor construído pelas próprias partes. Na heterocomposição a justiça é decorrente da adequada aplicação de procedimento previsto em lei. (CNJ, 2016b, p. 32).

Assim, esse princípio preconiza a necessidade de reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos visando a uma aproximação real das partes e uma conseqüente humanização do conflito decorrente da maior empatia e compreensão (CNJ, 2016b, p. 253). E, de fato, nove dos entrevistados embasaram suas respostas em nuances semelhantes a essas, ao passo que Beatriz não soube responder: “*Não sei te dizer, não sei mesmo*”.

Joana entende que humanizar o processo seria retirar a gerência da vida das pessoas das mãos do estado: “*A humanização é jogar em cima do povo os seus problemas. Tira das minhas mãos e bota nas mãos do povo. O governo, por um lado ele é patriarcal, ele quer resolver as coisas, e por outra a máquina está muito cara né. A máquina está muito cara, então ele está sentindo uma necessidade de que cada um gira, faça a gerência de sua vida né*”. E seis entrevistadas justificaram que a humanização diz respeito à oportunização de contato direto entre as partes, pela chance de verbalizarem o que sentem, saindo da mera burocracia (retirando o distanciamento e gerando sentimento de acolhida pelo Judiciário).

De acordo com Vitória: “*seria no caso tornar o processo mais próximo das pessoas, mais... não sei como é que isso poderia ser feito na prática assim, mas eu acho*

assim que as pessoas ainda não compreendem bem os direitos que elas têm. Então eu acho que talvez o Judiciário de um modo geral devesse tornar isso mais próximo da realidade das pessoas, não criar tanta burocracia, tanta sabe? Tanto distanciamento da realidade das pessoas, o processo poderia ser mais simples”. Nesse sentido, Martha também destacou a necessidade de desburocratizar o processo: “Querem dar um contato direto entre as partes, possibilitar a conversa [...] Eu entendo que a ideia é justamente possibilitar que a conversa direta chegue a alguma conclusão, sem ganhar toda a parte formalizadora, de burocracia”.

Duas advogadas disseram que a humanização dos processos estava ligada a capacidade de se colocar no lugar do outro, de empatia e cooperação entre os agentes jurídicos. Nas palavras de João: *“Então eu acho que a humanização seria nesse sentido, de o advogado e os conciliadores e mediadores se colocarem um pouco na pele daquela pessoa que está tanto como autor quanto como réu. Se analisar aquela situação e se colocar no papel daquela pessoa, naquele momento”.* Maria discorre sobre a necessidade de empatia entre os próprios agentes jurídicos.

Segundo a mesma: *“E aí eu volto a te falar sobre empatia. Eu acho que é dos valores mais necessários nas relações interpessoais. Se tivesse um pouquinho de empatia... e empatia também entre as pessoas que trabalham nas ações”.* Clara relata que a humanização passa pelos agentes jurídicos enxergarem os jurisdicionados: *“Bom acredito que seria as pessoas do Judiciário, da promotoria, os advogados terem um pouco, sair um pouco somente, sair um pouco da burocracia, de papel e documento e também tentar olhar para a parte pessoal das partes, de uma história que eles levam. É por isso que estão ali. E que muitas vezes eles ficam tão automáticos, tão, aquilo torna, os problemas alheios se tornam tão rotineiros pra eles que eles acabam enxergando de uma forma bem... sem dar uma importância tão grande”.*

Ao passo que Júlia compreende como sendo um atendimento multidisciplinar. Em suas palavras: *“É a atividade multidisciplinar né. [...] É tu poder contar com assistente social, com psicólogas, que vão te ajudar naquilo. Não só na questão do menor, na questão da disputa de guarda, como na questão do idoso né, porque tem muito idoso sendo abandonado, sendo maltratado né.”.*

Destarte, em todos os relatos, verifica-se um paradoxo: na mesma medida em que os agentes jurídicos concebem a necessidade de a Justiça retomar a referência da humanidade para seu balizamento, retomar a “outridade” e alteridade, não reconhecem que o modelo que está tentando ser implantado e sedimentado pela mediação visa

justamente isso e que muitos o refutam por considerá-lo utopia ou boa vontade. Falam de uma humanização como algo distante ou ainda a ser criado, longe de sua alçada ou que dependa do outro e não de si.

Ora, de nada adianta reconhecer a mediação como método adequado para tratar dos conflitos, elevando-a, ao patamar de fase inicial processual do procedimento comum cível, se não mudarmos as rotinizações de quem aplica o Direito. Como bem afirma Cappelletti (1988):

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (CAPPELLETI, 1988, p. 12-13).

Antes de uma questão processualística ou de direito material, trata-se da necessidade de uma mudança cultural, de uma cultura do litígio para uma cultura de paz, e de ressignificação da advocacia. Essa ressignificação só ocorrerá quando os advogados evocarem a postura de assessor jurídico e colaborador coparticipante do procedimento mediativo, bem como retomarem o real sentido de pacificação social que lhe é atribuído como função – pelo Código de Ética e pelo CPC⁵⁸.

Destaca-se que o esforço de interpretação realizado nesse trabalho buscou compreender os deslocamentos e descentramentos ocasionados na advocacia familiarista através da inserção da mediação como fase do processo civil. Não se almejou esgotar a matéria, tampouco provocar um convencimento final, mas buscar conhecer e entender as questões, interesses e sentimentos que envolvem esse cenário, sob o viés dos advogados.

⁵⁸ Nessa perspectiva, a OAB tem um papel importante nessa aproximação dos advogados com a mediação e com os CEJUSCs das comarcas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação, mais do que um procedimento processual, busca romper com a cultura instituída, litigiosa e egoísta, de que somente o advogado ou o juiz tem o poder de “resolver” os conflitos. E que os envolvidos não têm discernimento para tanto, mesmo sendo eles que viverão as sentenças proferidas pelo método adversarial.

Não se trata, portanto, de boa vontade, nem terapia. A mediação é técnica, procedimento, ferramenta e também princípios, os quais visam instituir uma cultura de paz, o que não significa ausência de conflitos. Pelo contrário, representa a assunção de uma nova forma de encará-los, por meio de um diálogo não violento (CNV) com o objetivo de alcançar benefícios mútuos. Paz, nesse caso, é saber manejar os conflitos.

Contudo, esses pressupostos vão de encontro ao que é posto, normalizado e rotinizado por todos os sujeitos envolvidos pelo sistema de resolução de conflitos judiciais (partes, advogados, mediadores, juízes, promotores e até serventuários). Por isso, o Novo Código de Processo Civil representou uma ruptura de paradigma por meio da quebra do padrão sistemático de condução de conflitos até então vigente. Para a presente dissertação, importou analisar esse impacto, especificamente, para os advogados, constatando-se que o NCPC representou uma “desacomodação” para esses profissionais, uma vez que se sentiram atingidos e incomodados com as mudanças nos ritos processuais.

Entretanto, não foi um “desacomodar” no sentido de, necessariamente, haver um movimento de “olhar para si” (olhar o interno propiciando autorreflexão), em que pese ser uma chance para tanto. Pelo contrário, o fator novidade agregado ao desconhecimento (do que é mediação, como funciona e do importante papel que desempenham para a viabilização dessa metodologia) colaboraram para um cenário de resistência e insegurança por parte desses agentes jurídicos, disseminando-se o velho costume de se reproduzir ideias e práticas sem realmente pensar sobre as mesmas (“mais do mesmo”).

Nesse caso, paradoxalmente, os advogados aparentaram buscar a manutenção de um *status quo*, normalizado e rotinizado, adversarial, que cotidianamente eles próprios reclamam e põem em cheque, ante a sua insuficiência e ineficiência. A “irrupção da novidade” (JODELET, 1993, p. 45) provoca essas reações, precipuamente se se

considerar que a mediação visa justamente desconstruir o rotineiro (conhecido), indo de encontro à base filosófica e deontológica de formação desses sujeitos (voltada a embatibilidade/adversarialidade).

Mais que isso, o procedimento mediativo pode sinalizar um convite a ressignificar práticas profissionais e representações acerca da maneira como os conflitos devem ser conduzidos. Embora esse novo paradigma proposto possa parecer utópico, distante e de difícil consolidação, acredita-se ser preciso buscar a mudança do *status quo*, de crise, vislumbrando na mediação uma possibilidade de ruptura.

Trata-se de uma oportunidade que depende, obviamente, da qualidade da formação do mediador/conciliador, mas principalmente do apoio dos advogados. Os advogados são peças chaves porque podem impulsionar uma série de rupturas nas práticas de justiça.

A prestação jurisdicional está adstrita e, de certa forma, amarrada ao que é pedido no processo e a forma como este é impulsionado por esses profissionais, em razão do princípio da provocação da tutela jurisdicional. Além do fato de que, pelo modelo adversarial, a primeira, e talvez a única, relação de confiança construída com as partes seja com seus advogados. Então, aos advogados cabem inovar, trazer novos vigor e frescor, com novos argumentos, novas representações e novas práticas.

Todavia, precisa-se atentar para que não acabe sendo mais um mecanismo de colonização, como o que aconteceu com os juizados especiais cíveis e criminais, os quais resultaram em um momento desperdiçado por essa lógica de transformar algo estranho em familiar. No caso dos juizados e de outras inovações epistemológicas e processuais, os diferentes agentes do sistema de justiça (não só advogados) contribuíram para que alguns avanços fossem reacomodados em uma lógica colonial para atender interpretações conservadoras. Vide o exemplo da colonização da Justiça Restaurativa nos juizados especializados da infância e juventude, de violência doméstica e familiar, entre outros.

Vale mencionar, por fim, que esta pesquisa possibilitou, a partir de um estranhamento inicial, maior compreensão das representações sociais analisadas, sobretudo porque pouco se debate sobre o papel do advogado na mediação, sobre suas opiniões e as possibilidades advindas para a profissão através desse novo método autocompositivo. Dessa forma, o que se almejou foi uma forma de abertura no sentido de aproximação do outro – de aproximação dos agentes jurídicos estudados – destacando-se que suas representações merecem ser validadas, compreendidas e

desmistificadas, a fim de que se possa efetivamente repensar suas práticas profissionais e colaborar para a sedimentação dessa política pública judiciária no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Rosa Maria Zaia Borges. *Mediação e ética das virtudes: a philia como critério de inteligibilidade da mediação comunitária*. 2009. 216 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ALBERTON, Genacéia da Silva. “Conflito e olhar para a mediação: perspectivas”, In: *Práticas inovadoras na jurisdição: a experiência dos magistrados do Rio Grande do Sul*. Núcleo de Inovação e Administração Judiciária. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2014.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PAIVA, Fernanda. “Dinâmica da mediação: atores”. In: *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenado por Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. “Natureza da mediação de conflitos”. In: *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenado por Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANGELONI, Maria Terezinha. Elementos intervenientes na tomada de decisão. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 32, n. 1, p. 17-22, abr. 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652003000100002&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 16 jun. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-19652003000100002>.

ANTUNES, Ana Lúcia Marinônio de Paula; MAGALHAES, Andrea Seixas; FERES-CARNEIRO, Terezinha. Litígios intermináveis: uma perpetuação do vínculo conjugal? *Aletheia*, Canoas, n. 31, p. 199-211, abr. 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942010000100016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 de março de 2017.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traduzido por Pietro Nassenti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *A pesquisa Empírica no Direito: obstáculos e contribuições*. Disponível em <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2016/Microsoft%20Word%20-%20ABA%202008%20A%20pesquisa%20emp%C3%ADrica%20no%20Direito.pdf>. Acesso em 09 de abril de 2017.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Traduzido por Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. 2ª reimpr. Da 1ª edição. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. 2011. 237 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10725/1/Lorena.pdf>>. Acesso em 27 de junho de 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Traduzido por Pínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BIANCHI, Angela Andrade; FÜRST, Olívia; NAVARRO, Paula. “Alguns aportes da comunicação, da teoria sistêmica e da física quântica para a mediação de conflitos”. In: *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenado por Tânia Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. “Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para a mudança paradigmática. Reflexões frankfurtianas e a revolução pelo afeto”. In: *Revista Mestrado em Direito*. Osasco: Edifio, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____, José Luis. “Os desafios da mediação no séc. XXI”. In: *15 anos do Núcleo de Estudos de Mediação*. 31 de março de 2017. Palestra. Porto Alegre: AJURIS, 2017.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 3.ed.rev.e atual.com o Projeto de Lei do Novo CPC Brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BOFF, Leonardo. “O cuidado essencial: princípio de um novo ethos”. In: *Revista Inclusão Social (IBICT)*. Brasília, v.1, n.1, out./mar. de 2005, p. 28-35. Disponível em <<http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1503/1689>>. Acesso em 17 de maio de 2017.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9ª ed. Traduzido por Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processos. Mediação. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/mediacao.html>>. Acesso em 15/07/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº. 1346171 - PR (2012/0007404-3). Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 11 de outubro de 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1546399&num_registro=201200074043&data=20161107&formato=PDF>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. “As novas orientações do Direito de Família”. In: *O Direito de Família descobrindo novos caminhos*. Organizado por Maria Claudia Crespo Brauner. São Leopoldo: Ed. da Autora, 2001.

BUTLER, Judith. “Vida precária”. In: *Contemporânea: Revista de Sociologia da UFSCAR*. Dossiê diferenças e desigualdades. v. 1. N. 1. Jan.-Jun. 2011. p. 13-33.

CAMPOS, Ecilma Dalva Gomes; MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira. “Mediação versus cultura do litígio: a efetividade da mediação na sociedade brasileira diante da cultura do litígio”. In: *Revista Letras Jurídicas*, São Paulo, 22 junho de 2016. Disponível em < <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=1727>>. Acesso em ago. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAURIO, Júlia Ferreira Braz; SILVEIRA, Simone de Biazzi Ávila Batista da. A advocacia na mediação: o papel dos juristas para a consolidação dos métodos consensuais. Trabalho apresentado na 15ª Mostra de Produção Universitária da FURG, Rio Grande, 2016.

CEJUSC PELOTAS. Campanha de educação para a paz do TJRS recebe menção honrosa no prêmio estadual de direitos humanos do RS. Pelotas, 11 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://conciliacaopelotas.blogspot.com.br/2013/12/campanha-de-educacao-para-paz-do-tjrs.html>>. Acesso em 15 de abril de 2017.

CEJUSC RIO GRANDE. Pesquisa de satisfação dos Usuários – Mediação – Maio a Dezembro de 2016. Rio Grande, 26 de junho de 2017a. Disponível em < <http://cejusrg.blogspot.com.br/2017/06/pesquisa-de-satisfacao-dos-usuarios.html>>. Acesso em 11 de outubro de 2017.

_____. Pesquisa de satisfação dos Usuários – Mediação – Março de 2017. Rio Grande, 14 de julho de 2017b. Disponível em < <http://cejusrg.blogspot.com.br/2017/07/pesquisa-de-satisfacao-dos-usuarios.html>>. Acesso em 11 de outubro de 2017.

CENTRO DE MEDIADORES INSTITUTO DE ENSINO. *O que são e como funcionam as Câmaras Privadas?* Brasília: 2016. Disponível em < <https://centromediadores.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em 07 de setembro de 2017.

COELHO, Marcos Vinícius. OAB critica “recorde” do Brasil em cursos de Direito. [22 de janeiro de 2014]. Brasília: *Congresso em foco*. Entrevista concedida a Edson Sardinha e Mario Coelho. <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-recordista-de-cursos-de-direito-no-mundo/>>. Acesso em 07 de agosto de 2017.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. *Institucional/Quadro de Advogados. Quantitativo total*. Disponível em <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em 07 de agosto de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016a. Disponível em <

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 04 de maio de 2017.

_____. *Manual de Mediação Judicial – de acordo com Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10*. 6ª ed. Organizado por André Gomma de Azevedo. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2016b.

_____. *Curso de Mediação de Família*. Brasília: CNJ, 2017.

_____. *Comissão do CNJ aprova minuta de resolução sobre pagamento de mediadores*. Brasília: CNJ, 2016c. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/t8nj>>. Acesso em 07 de setembro de 2017.

COOK, Rebecca; CUSACK, Simone. *Estereótipos de Género: perspectivas legais transnacionais*. Bogotá: Profamilia, 2010.

CORRÊA, Mariza. “Para uma história social da família no Brasil”. In: *A família que se pensa e a família que se vive*. Organizado por Graciela M. Loch e Maria Angela M. Yunes. Rio Grande: Editora da FURG, 1998.

CURY, Cesar Felipe. “Mediação”. In: *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Coordenado por Hermes Zaneti Jr. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 09, Coordenação geral Fredie Didier Jr.).

DA MATTA, Roberto. “Você tem cultura?”. In: *Jornal da Embratel*. Rio de Janeiro: 1981. Disponível em < http://nau.ufsc.br/files/2010/09/DAMATTA_voce_tem_cultura.pdf>. Acesso em 17 de novembro de 2016.

_____. *Relativizando: uma introdução à Antropologia Social*. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

DESJUD JUSTIÇA SEM PROCESSO. *Na Argentina, conciliação obrigatória reduz estoque de processos em 30*. Disponível em <<http://www.desjud.com.br/2015/05/30/na-argentina-conciliacao-obrigatoria-reduz-estoque-de-processos-em-30/>>. Acesso em 30 de novembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias – 11. ed. ver. atual. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DICKOW, Felipe Tadeu; MOHR, Marson Toebe. “O papel do advogado na mediação”. In: *Mediação enquanto política pública [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas* / organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto - 1.ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

DYMETMAN, Annie. *Da mediação à transmediação de conflitos: dissolver para resolver*. Porto Alegre: S.A Fabris, 2011.

EPSTEIN, Lee. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência* / Lee Epstein, Gary King. São Paulo: Direito GV, 2013. -- (Coleção acadêmica livre) 7 Mb; PDF. Título original: The rules of inference. - Vários tradutores.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Traduzido por Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2ª ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005.

FLICK, Uwe. *Introdução à pesquisa qualitativa*. Traduzido por Joice Elias Costa. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FOLEY, Gláucia Falsarella. “A Justiça Comunitária para a emancipação”. In: *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Coordenado por Fabiana Marion Spengler e Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. (Coleção direito, política e cidadania; 24).

FONSECA, Claudia, Quando cada caso NÃO é um caso: pesquisa etnográfica e educação. *Revista Brasileira de Educação*, São Paulo, n.10, pp. 58-78, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 198-298.

GARAPON, Antonie. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual do Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GLASL, Friedrich. *Autoajuda em conflitos: uma metodologia para reconhecimento e solução de conflitos em organizações*. 4ª ed. São Paulo: Antroposófica, 2002.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 7. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2004.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GILLIGAN, Carol. *La ética del cuidado*. Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas, nº. 30. Barcelona: Fundació Victor Grifols i Lucas, 2013.

GORETTI, Ricardo. *Mediação e Acesso à Justiça*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GROSSI, Miriam Pillar. “Na busca do ‘outro’ encontra-se a ‘si mesmo’: repensando o trabalho de campo a partir da subjetividade do(a) antropólogo(a)”. In: *Trabalho de campo e subjetividade*, Publicação do Grupo de Estudos de Gênero & Subjetividade, Laboratório de Antropologia, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Organizado por Miriam Pillar Grossi. Florianópolis: Claudia Lago, 1992.

JAYME, Erick. O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, mar./2003.

JODELET, Denise. Representações sociais: um domínio em expansão. In: D. Jodelet (Ed.). *Les représentations sociales*. Paris: PUF, 1989, pp. 31-61. Tradução: Tarso Bonilha Mazzotti. Revisão técnica: Ada Judith Alves-Mazzotti. UFRJ – Faculdade de Educação, dez. 1993.

KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, Brasília, v. 2, p. 25-51, 2010.

KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. “O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica”. In: *Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos*, Rio de Janeiro, 10 de março de 2016. Disponível em <http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_n_o_direito.pdf>. Acesso em 03 de março de 2015.

_____; BAPTISTA, Barbara Gomes L. “Como a antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico”. In: *Anuário Antropológico*, Brasília, v. 39, n. 1, p. 9-37, 2014.

KRZYNARIC, Roman. *O poder da empatia: a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

LEVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo*. Lisboa: Edições 70, 1982.

LIMA, Cristina Maria Garcia de et al . “Pesquisa etnográfica: iniciando sua compreensão”. In: *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 4, n. 1, p. 21-30, Jan. 1996.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Mônica; PELAJO, Samantha. “Mediação familiar: algumas premissas emocionais e jurídicas”. In: ALMEIDA. *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenado por Tania Ameida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

LUCAS, Doglas César. Prefácio: Mediação: uma forma de promover encontros, compromissos e responsabilidades com o ‘outro. In: *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011a.

_____, Doglas César. “Conflitos identitários e mediação: o vir à fala das diferenças”. In: *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento de conflitos sociais*. Organizado por: Fabiana Moron Spengler, Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011b. (Coleção direito, política e cidadania; 24).

LUPION, Bruno. “Por que o Brasil tem tantos advogados”. In: *Nexo Jornal LTDA*, 2 de janeiro de 2017. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/01/02/Por-que-o-Brasil-tem-tantos-advogados>>. Acesso em 07 de agosto de 2017.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf Hanssen. Rolf Hanssen Madaleno: ‘advogado que trabalha em Direito de Família é um misto de professor e psicólogo’. [03 de setembro de 2007] Porto Alegre: *Jornal da Ordem*. Entrevista concedida a Juliana Campos Chaves. Disponível em <<http://www.jornaldaordem.com.br/noticia-ler/rolf-hanssen-madaleno>>

Idquoltigtadvogado-que-trabalha-em-direito-familia-e-misto-professor-psicologo/8667>. Acesso em 31 de julho de 2017.

MAIA; Andrea; BIANCHI, Angela Andrade; GARCE, José Maria Rossani. “Origens e norteadores da mediação de conflitos”. In: *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenado por Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARCO, Cristhian Magnus De. “Evolução histórica da advocacia em perspectiva comparada: Brasil e Inglaterra”. In: *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 10, n. 2, p. 243-274, jul./dez. 2009. Disponível em <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1930/998>>. Acesso em 04 de agosto de 2017.

MARIN, Jeferson Dytz. “O Estado e a crise jurisdicional: a influência racional-romanista no direito processual moderno”. In: *Jurisdição e processo*. v.II. Coordenado por Jeferson Dytz Marin. Curitiba: Juruá, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; CHAPAUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. “Igualdade entre filhos no Direito Brasileiro atual – Direito pós-moderno?”. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre v. 16, 1999. Disponível em <www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/70564/40039>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoria Constitucional de la solidaridad*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. “Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos”. In: *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Coordenado por Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2017. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v.9)

MELO, Raissa de Lima. *Pluralismo jurídico: para além da visão monista*. Campina Grande: EDUEP, 2002.

MELLO, Angelica Maria Ruiz. “Por que a mediação não é terapia? Semelhanças e diferenças de cada processo”. Porto Alegre, 21 de setembro de 2015. Disponível em <<http://nupemectjrs.blogspot.com.br>>. Acesso em 15 de setembro de 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Manual de mediação para advogados: escrito por advogados*. Brasil: 2014 (pdf).

NALINI, José Renato. “É urgente construir alternativas à justiça”. In: *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Coordenado por Hermes Zaneti Jr. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 09, Coordenação geral Fredie Didier Jr.).

NICHNIG, Claudia Regina. “Para ser digno há que ser livre”: reconhecimento jurídico da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. 2013. 312 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) – Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em

Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013. Disponível em <
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123029/322096.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> .Acesso em 19 de dezembro de 2017.

NUNES, Dierle; SANTOS E SILVA, Natanael Lud; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; OLIVEIRA, Moisés Mileib de. “Novo CPC, Lei de Mediação e os Meios Integrados de Solução de Conflitos Familiares – Por um Modelo Multiportas”. In: *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Coordenado por Hermes Zaneti Jr. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 09, Coordenação geral Fredie Didier Jr.).

OLIVEIRA, Maria Cristina Carrion Vidal de. “Mediação sob a Ótica de Luiz Alberto Warat”. In: *Comemoração ao mês do advogado*, 02 de agosto de 2017, Curso. Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia (ESA), 2017. Disponível em: <
<http://ead.oabrs.org.br/>>. Acesso em 08 de agosto de 2017.

OLIVEIRA, Marcello; PONTES, Mariana Veras Lopes; PELAJO, Samantha. In: *ALMEIDA, Tania. Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenado por Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

OST, François. *O tempo do direito*. Traduzido por Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. São Paulo: EDUSC, 2005.

PANTOJA, Fernanda Medina. ALMEIDA, Rafael Alves de. “Os métodos ‘alternativos’ de solução de conflitos (ADRS)”. In: *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenado por Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEIRANO, Mariza. “Etnografia não é método”. In: *Horizontes Antropológicos*. Porto Alegre, ano 20, n. 42, p. 377-391, jul./dez. 2014. Disponível em <
<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-71832014000200015>>. Acesso em 26 de junho de 2017.

PELLEGRINI, Carolina Portella. SIMIONI, Fabiane. “A crise da jurisdição no estado moderno, o novo Código de Processo Civil e o marco legal da mediação”. *Juris, Revista da Faculdade de Direito*, Rio Grande, v 23, p. 123-139, 2015.

PORTO, Éderson Garin. *A função social do advogado*. Disponível em <
<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fun%C3%A7%C3%A3o-social-do-advogado>>. Acesso em 04 de agosto de 2017.

RICHINITTI, Carlos Eduardo. “Cinco alternativas práticas para a justiça brasileira”. In: *Práticas inovadoras na jurisdição: a experiência dos magistrados do Rio Grande do Sul*. Núcleo de Inovação e Administração Judiciária. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2014.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Traduzido por Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

ROSENBLATT, Ana. MARTINS, André. “Mediação e transdisciplinariedade”. In: *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenado por Tania Ameida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

SAAD, Carla. Una mirada sobre principios en el procedimiento de mediación. In: *Quaestio Iuris*, vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1913 -1934. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21875> > Acesso em 27 de março de 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Marcia Regina Ribeiro dos; COSTA, Liana Fortunato. O tempo na trajetória das famílias que buscam a justiça. *Rev. Dep. Psicol.,UFF*, Niterói, v. 19, n. 1, p. 111-126, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-80232007000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 de março de 2017.

SARTI, Cynthia Andersen. A família como ordem simbólica. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 15, n.3, p. 11-28, 2004.

SCOTT, Juliano; CEZNE, Graziela. “A prática do advogado familiarista: contribuições da psicologia”. In: *XV Simpósio de ensino, pesquisa e extensão*, outubro de 2011, Santa Maria, RS. UNIFRA, 2011. Disponível em <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2011/Trabalhos/1173.pdf>>. Acesso em 09 de agosto de 2017.

SEGADO, Francisco Fernández. *La solidaridad como principio constitucional*. Uned. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 30, 2012, pp. 139-181.

SILVA, Andressa Hennig; FOSSÁ, Maria Ivete Trevisan. “Análise de conteúdo: exemplo de aplicação da técnica para análise de dados qualitativos”. In: *Qualitas Revista Eletrônica*, v. 16, n. 1, 2015. Disponível em <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/issue/view/142/showToc>>. Acesso em 08 de março de 2017.

SILVA, Nara Letycia Martins. “O tempo social de Norbert Elias: uma proposta de superação ao conhecimento dicotômico do tempo”. In: *Revista de Humanidades. Dossiê Diáspora, identidade e memória*, v. 11, n. 27 (2010). Disponível em <<https://periodicos.ufrn.br/mneme/article/view/834>>. Acesso em 27 de março de 2017.

SILVEIRA, Simone de Biazi Ávila Batista da. “Considerações sobre os conflitos familiares e a mediação como proposta”. In: *JURIS - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas*. v 11. Rio Grande: Editora FURG, 2005.

SILVEIRA, Denise Tolfo; CÓRDOVA, Fernanda Peixoto. “A pesquisa científica”. In: *Métodos de pesquisa*. Organizado por Tatiana Engel Gerhardt e Denise Tolfo Silveira; coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SIMIONI, Fabiane. *As relações de gênero nas práticas de justiça: igualdade e reconhecimento em processos de guarda de crianças e adolescentes*. 2015. 179 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, fevereiro de 2015. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/116279/000966809.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

_____, Fabiana Marion. *Retalhos de mediação* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional de Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SZYMANSKI, Heloisa. “Significados de família”. In: *A família que se pensa e a família que se vive*. Organizado por Graciela M. Loch e Maria Angela M. Yunes. Rio Grande: Editora da FURG, 1998.

TARTUCE Flávio. *O princípio da afetividade no Direito de Família*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859>. Acesso em 30 de novembro de 2017.

URY, Willian. *Como chegar ao sim com você mesmo* [recurso eletrônico]. William Ury [tradução de Afonso Celso da Cunha Serra]; Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VALVERDE, Kátia. “Mediação X judicialização: papel e perspectivas do advogado”. In: *Cadernos FGV Projetos [recurso eletrônico]: mediação*. Dezembro 2015, ano 10, nº 26.

VEZZULLA, Juan Carlos. Prefácio. In: *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.

VINCENZI, Brunela Vieira; REZENDE, Ariadi Sandrini. “A Mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo”. In: *In: Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Coordenado por Hermes Zaneti Jr. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 09, Coordenação geral Fredie Didier Jr.).

WARAT, Luis Alberto. “Pensem algo diferente em matéria de mediação”. In: *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Organizado por Fabiana Marion Spengler e Douglas César Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. v. II. Florianópolis: Boiteux, 2004.

_____, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.

WRASSE, Helena Pacheco. “A autocomposição e o tratamento adequado das controvérsias: uma visão positiva dos conflitos”. In: *Mediação enquanto política pública [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas* / organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto - 1.ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

XIMENES, Juliana Maurmann. *Levantamento de dados na pesquisa em direito: a técnica da análise de conteúdo*, 15 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.idp.org.br/component/docman/doc_details/145->. Acesso em 08 de março de 2017.

ZARIAS, Alexandre. *Das leis ao avesso: desigualdade social, direito de família e intervenção judicial*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade de São Paulo. 2008.

ANEXO 1 – Termo de consentimento livre e esclarecido para participação das entrevistas

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Declaro, por meio deste termo, que concordo em participar, como voluntário(a), do estudo que tem como pesquisadora responsável a mestranda Carolina Portella Pellegrini, do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), que pode ser contatada pelo e-mail cacapellegrini@hotmail.com e pelo telefone (53)84689838.

Tenho ciência de que o estudo tem em vista realizar entrevistas com advogados que atuam no campo do Direito de Família, na Comarca de Rio Grande/RS, visando, por parte da referida acadêmica a realização de um trabalho de dissertação a ser apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Justiça social pela Universidade supramencionada.

Ademais, fui informado(a) dos objetivos estritamente acadêmicos do estudo, que, em linha gerais visa verificar quais são os usos e percepções feitos da mediação no cotidiano da advocacia familiarista, especialmente em conflitos familiares judicializados.

Assim, minha participação consistirá em conceder uma entrevista que será gravada e transcrita. Entendo que esse estudo possui finalidade de pesquisa acadêmica, de modo que os dados obtidos poderão serão divulgados, sendo que nesse caso será preservado o anonimato dos participantes, assegurando assim minha privacidade. Além disso, sei que posso abandonar minha participação na pesquisa quando quiser e que não receberei nenhum pagamento por esta participação.

Rio Grande, ___ de _____ de 2016.

Assinatura

ANEXO 2 – Roteiro do pré-teste de entrevistas com agentes jurídicos**ENTREVISTA COM AGENTES JURÍDICOS**

DATA:
HORÁRIO:
NOME:
IDADE:

SITUAÇÃO CONJUGAL/FAMILIAR:

Casado(a) () União estável () Separado(a) () Divorciado(a) () Viúvo(a) () Outras ()
 Tempo de união conjugal:
 Tem filhos/filhas? () SIM () NÃO
 Idade dos filhos/filhas:
 Os filhos moram consigo? () SIM () NÃO

PARTE I – ASPECTOS DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL

1. Onde fez a formação jurídica (graduação, pós-graduação)?
2. Exerceu outra atividade profissional antes de ingressar em carreira jurídica?
3. Quando e onde ingressou na carreira jurídica? Por que escolheu a carreira jurídica?
4. Já realizou cursos de formação continuada depois do ingresso na carreira jurídica? Quais?
5. Exerce ou exerceu outras atividades profissionais paralelas a carreira jurídica (docência)?

PARTE II – ASPECTOS RELACIONADOS AO USO DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS

1. Quanto tempo de atuação em direito de família? Como se deu a entrada nesse campo?
2. Atua em outras áreas? Se sim, qual predomina? Achas que a demanda familiarista é diferenciada em relação às outras áreas que atua? Em que aspectos?
3. Quais as principais demandas que patrocina em direito de família?
4. Qual o perfil dos usuários e usuárias em conflitos familiares judicializados? Quais as principais características do comportamento das partes, nesse campo?
5. Já conheces os métodos autocompositivos? Se sim, quais? Tem alguma experiência com estes, em especial a mediação?
6. Qual a sua opinião sobre a importância do uso da mediação em processos que envolvem Direito de Família?
7. Quais as tuas impressões acerca das mudanças que o Novo Código de Processo Civil trouxe com relação ao uso da mediação, especialmente nas Varas de Família?

ANEXO 3 – Roteiro de entrevistas oficiais com agentes jurídicos**ENTREVISTA COM AGENTES JURÍDICOS****DATA:****HORÁRIO:****NOME:****IDADE:****SITUAÇÃO CONJUGAL/FAMILIAR:**Casado(a) () União estável () Separado(a) () Divorciado(a) () Viúvo(a) ()
Outras ()

Tempo de união conjugal:

Tem filhos/filhas? () SIM () NÃO

Idade dos filhos/filhas:

Os filhos moram consigo? () SIM () NÃO**PARTE I – ASPECTOS DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL**

1. Onde fez a formação jurídica (graduação, pós-graduação)?
2. Exerceu outra atividade profissional antes de ingressar em carreira jurídica?
3. Quando e onde ingressou na carreira jurídica? Por que escolheu a carreira jurídica?
4. Já realizou cursos de formação continuada depois do ingresso na carreira jurídica? Quais?
5. Exerce ou exerceu outras atividades profissionais paralelas a carreira jurídica (docência)?

PARTE II – ASPECTOS RELACIONADOS AO USO DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS FAMILIARES JUDICIALIZADOS

1. Quanto tempo de atuação em direito de família? Como se deu a entrada nesse campo?
2. Atua em outras áreas? Se sim, qual predomina?
3. Achas que a demanda familiarista é diferenciada em relação às outras áreas que atua? Se sim, em que aspectos?
4. Muitos advogados comentam que para atuar em direito de família é preciso um perfil diferenciado. Você concorda? Por quê?
5. Os manuais em direito de família referem muito a questão do afeto, do princípio da afetividade. Você concorda com isso? Compreende o afeto como

categoria jurídica?

6. Qual o perfil dos usuários e usuárias em conflitos familiares judicializados? Quais as principais características do comportamento das partes, nesse campo?
7. Percebes alguma diferença comportamental entre os usuários no que diz respeito ao nível de escolarização e a classe social do usuário?
8. Já conheces os métodos autocompositivos? Se sim, quais? Tem alguma experiência com estes, em especial a mediação?
9. Qual a sua opinião sobre o uso da mediação em processos que envolvem Direito de Família?
10. Quais as tuas impressões acerca das mudanças que o Novo Código de Processo Civil trouxe com relação ao uso da mediação, especialmente nas Varas de Família?
11. Como enxergas o papel do advogado na mediação?
12. Achas que ser mulher ou ser homem (como agente jurídico ou como mediando) faz diferença nos processos de mediação? Por quê?
13. Tu já se deparaste com situação de violência doméstica em sua prática? Recomendaria a mediação para esses casos?
14. Uma das premissas da mediação é a humanização do processo, o que tu entendes por humanização?