

MEDIAÇÃO E INTERVENÇÃO JUDICIAL

MEDIATION AND JUDICIAL INTERVENTION

RESUMO

O presente artigo propôs-se a estudar o princípio constitucional da liberdade no contexto da mediação judicial e extrajudicial frente à obrigatória intervenção estatal para homologação de acordos firmados envolvendo direitos indisponíveis, que são os mais indicados para aplicação da mediação. Primeiramente, o estudo apresenta a legislação mais relevante acerca da mediação judicial e extrajudicial no Brasil, assim como, o que toca a obrigatoriedade da homologação judicial. Na sequência, apresentam-se alguns conceitos jurídicos e sociais de liberdade, juntamente à sua relevância e congruência com o Estado Democrático de Direito. Por fim, faz-se um paralelo entre os elementos estudados inicialmente, a dinâmica e limite entre eles. Concluiu-se, então, que a intervenção do judiciário pode até vir a ser afastada em um momento futuro, quando a mediação extrajudicial for aplicada na prática tal como proposta na teoria, ou seja, por meio de profissionais capacitados, com as partes orientadas por advogados, tal como exigido pela Lei de Mediação para o rito judicial. Até lá, entretanto, a aparente limitação do princípio a liberdade (por meio da presença obrigatória do judiciário) torna-se medida de segurança jurídica em defesa de terceiros e dos próprios envolvidos.

Palavras chave: Liberdade. Mediação. Direitos Indisponíveis. Intervenção Estatal.

ABSTRACT

This article intends to study the constitutional principle of Liberty in the judicial and extrajudicial mediation context and the mandatory court intervention in order to confirm the terms of the settlement whether it involves undisposable rights, those are the best subject for mediation. Firstly, the study presents the most recent laws concerning to judicial and extrajudicial mediation in Brazil, and legislation related to mandatory ratification by court. In the wake, some legal and social concepts of liberty are presented along with its relevance and matching related to the Democratic State of Law. Lastly, there is a parallel among the elements initially aborded, their dynamic and mutual limitation. It concludes, so, that judiciary intervention may be dismissed in the future, when extrajudicial mediation practices become the same as in theory, which means that it would be conducted by qualified professional mediators, and parties supported by attorneys, as Brazilian Mediation Act demands for the Judicial rite. Until then, however, the apparent limitation over the principle of liberty (through the mandatory judiciary intervention) becomes a way of promoting legal certainty, by defending third parties and those directly involved.

Key words: Liberty. Mediation. Undisposable Rights. Judicial Intervention.

1 INTRODUÇÃO

Todo sujeito nasce inserido em um sistema de regras morais e legais, conscientes ou não, que regerão sua conduta durante a vida. Ainda quando criança, em regra, apenas se obedece e se repete um comportamento, mais ou menos como um religioso que cresceu em meio a dogmas não questionados. Com o passar do tempo, contudo, o indivíduo desenvolve um senso crítico e questionador, mas permanece inserido na mesma sociedade, sob o manto das mesmas regras originais, com uma concepção de justiça não muito diferente daquela inicialmente concebida, ao menos no âmbito social. A certa altura da vida, o justo toma uma forma pessoal e particular, enquanto a estabilidade e segurança da convivência social continuam a exigir uma base comum, pré-estabelecida, e controlada por um ente superior, o Estado.

Esse cenário ultrapassa os limites da célula familiar, na qual existe uma figura materna/paterna para harmonizar os ânimos. O Estado se apresenta, então, como regulador. Formalmente, em 1988, por meio da promulgação da Constituição Federal da República, o Brasil passou a reger-se por princípios e garantias em prol de seus próprios fundamentos e existência, tais como, da dignidade da pessoa, da igualdade, da liberdade, do estado democrático de direito. Daí decorre a presunção de que o estado representaria o povo, por meio de políticos democraticamente eleitos, capazes de redigir as leis que conduzirão as relações e disposições dos sujeitos de direito.

Dessa situação emerge o questionamento em torno das regras estabelecidas e sua representatividade, pois o ordenamento jurídico não apenas regula as relações sociais, mas também rege as disposições sobre o patrimônio, o corpo, a vida e a morte. Na mesma medida, o Estado impõe sua presença, exigindo homologação das autocomposições, sob o pretexto de fiscalização e garantia. Não é possível a criação de regras individuais, que colocariam em risco a estrutura do Estado. Aparentemente, estar-se-ia falando no evitamento de uma espécie de anarquia, mas o que se pretende analisar são os limites da liberdade/autonomia nas autocomposições de conflitos sem intervenção ou participação estatais.

Viver em sociedade implica em relacionar-se cotidianamente com os demais sujeitos de direito. Quando um conflito é instaurado, há diversas formas de solucioná-lo, iniciando-se pelo diálogo, podendo terminar com deliberação entre os

envolvidos ou por interferência de um terceiro. O ordenamento jurídico vigente, entretanto, permite que apenas os direitos disponíveis sejam objeto de transação, o que limita em muito as situações que admitem a plena liberdade de resolverem seus próprios conflitos. Ademais, quando há aspectos maiores envolvidos, como a vida e interesses de menores, o Estado impõe sua participação, retirando a autonomia da vontade dos indivíduos, trazendo para si a disposição sobre as medidas a serem tomadas, e cingindo as deliberações individuais, sob a justificativa de estar atuando na defesa daqueles que não tem capacidade de falar por si, e de terceiros.

Conforme repercussões jurídico-sociais, inclusive, o Estado, através da exigência de homologação, pretende preservar sob seu manto as tomadas de decisão extrajudiciais. As liberdades de resolução de conflito estariam limitadas, na medida que dependeriam da validação do Estado que exerceria o poder fiscalizador dos termos da composição para sua completa validade e existência no mundo jurídico.

2 AUTOCOMPOSIÇÃO E INTERFERÊNCIA DO ESTADO

O ano de 2015 foi legislativamente marcado tanto pelo atual Código de Processo Civil, como pela Lei de Mediação¹. Ambas normas legais destacam-se pela valorização e estímulo dos métodos autocompositivos para resolução de conflitos, seguindo uma tendência internacional, já consolidada em diversos outros países². Da Lei 13.105/2015³, destacam-se especialmente os artigos 3º, §§2º e 3º, 165 a 175, e 334 nesse sentido, enquanto a Lei 13.140/2015 dispõe em sua integralidade sobre o procedimento a ser adotado em Mediação em diversas ocasiões, muito embora não seja a única forma adequada de solução de conflitos disponível no Tribunal Multiportas.

Das contribuições trazidas pela Lei de Mediação, merece especial atenção a atribuição expressa de natureza executiva ao termo final da mediação que alcançar acordo⁴, ainda que extrajudicialmente. A aparente evolução, contudo, ainda se

¹ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 jun. 2015.

² Especialmente na Europa e na América do Norte.

³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

⁴ Art. 20. (...) Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

apresenta longe do ideal, pois confere tratamento diferente entre o procedimento judicial e o extrajudicial, que carece de homologação judicial e oitiva do Ministério Público quando o consenso das partes envolver “direitos indisponíveis, mas transigíveis” (artigo 2º, § 2º da Lei de Mediação).

Consideram-se direitos indisponíveis aqueles “dos quais a pessoa não pode abrir mão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade”.⁵ A ideia remete imediatamente à Constituição Federal, cuja natureza torna os “direitos” em garantias não apenas individuais, mas coletivas e indispensáveis para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. A amplitude da concepção mencionada, entretanto, transforma em regra a necessidade de homologação judicial, que deveria ser exceção. Além disso, restringe e desestimula a autonomia dos indivíduos para disporem acerca de seus direitos de forma extrajudicial, uma vez que a questão deverá necessariamente ser submetida ao judiciário. A isso, acrescentam-se os artigos 840 e seguintes do Código Civil, e a possibilidade de transação estará limitada a “direitos patrimoniais de caráter privado.”⁶ Resta, portanto, pouco espaço para desenvolvimento da liberdade sem intervenção. Conclui-se, portanto, que a Lei 13.140/2015 não ampliou tanto o escopo transacional previsto no Código Civil, mas apenas reforçou a possibilidade de fazê-lo extrajudicialmente.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXIX, item 2, dispõe acerca da necessidade de limitação da liberdade dos indivíduos para tanto, porém, “exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”⁷ Por conseguinte, essa interferência estatal encontra, portanto, fundamento na manutenção da democracia. Ingo Wolfgang Sarlet destaca a importância dos direitos fundamentais para manutenção do Estado: “constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.”⁸

⁵ Agência Câmara de Notícias. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/115436-direitos-indisponiveis>%2C%20consulta. Acesso em 20 set. 2020.

⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Art. 852

⁷ Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acessado em 20 set. 2020.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.” 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p.46

A limitação da liberdade de dispor sobre alguns direitos é medida estatal para proteção desses mesmos direitos, tendo em vista a realização de outro direito fundamental⁹, qual seja, o Estado Democrático de Direito. Trata-se, deste modo, de uma questão de segurança, pois permitir ao sujeito viver como bem entender implicaria em “permanente insegurança e guerra.”¹⁰ Ao fazer menção ao posicionamento de Walter Euchner, Marcos Augusto Maliska esclarece que abdicar da liberdade natural é garantir a proteção da liberdade em si.¹¹

Soma-se a essa concepção o Contrato Social de Jean-jacques Rousseau, que apresenta o conceito de liberdade civil, que é limitada pela vontade geral.¹² Essa proposta ganha maior proporção e validade na medida em que sua natureza reforça a própria democracia. Nas palavras de Maliska: “A conformidade da ordem à vontade da maioria é o objetivo da organização democrática.”¹³ Para reforçar esse pensamento, segundo Bobbio, “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.¹⁴

Depreende-se, assim, que a interferência estatal nas relações particulares é necessária para garantir a harmonia social, a segurança jurídica, bem como uma forma de manutenção dos direitos fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, inclusive para promoção da paz. Muito embora a questão em torno do conceito exato dos direitos fundamentais careça de resposta, sua banalização não é recente¹⁵, e merece especial atenção justamente para fortalecimento e identidade. Todavia, diante dos limites do estudo proposto, mais importante do que conceituá-los é identificar a melhor forma de harmonizar a garantia de liberdade com a intervenção estatal, mediante identificação de prioridades e valores. Para tanto, é essencial reforçar, como clarifica Ingo Wolfgang Sarlet, que a dignidade humana é o

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. “Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.” São Paulo: Malheiros, 2010. 2. ed. p.169-170

¹⁰ MALISKA, Marcos Augusto. “O Estado Moderno”. *En. Os Desafios do Estado Moderno. Federalismo e Integração Regional*. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (estágio de doutoramento na Ludwig Maximilian Universität). p.14-55

¹¹ *Ibidem*. p.19

¹² *Ibidem*. p.22

¹³ *Ibidem*, p.46

¹⁴ BOBBIO, Norberto. “A era dos direitos”. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 7.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.34

maior dos princípios¹⁶. Dignidade humana e liberdade caminham juntas, conforme adiante se verá, porquanto a liberdade individual merece ser estudada como meio de emancipação e independência, sem prejuízo do preceito mencionado.

3 LIBERDADE E JUSTIÇA DEMOCRÁTICA

Não se pretende aqui diminuir a importância da proteção aos direitos fundamentais, mas repensar a relevância do princípio da liberdade individual frente a intervenção estatal para garantia de paz social, justiça e democracia. Até porque, a aparente incompatibilidade, em verdade, depende da harmonização e do adequado sopesamento dos elementos, pois não são excludentes, mas se somam, se fortalecem, e são indispensáveis. Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade: “os direitos fundamentais são pressupostos elementares (...) tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre”.¹⁷

A liberdade pode ser concebida sob diversos pontos de vista. No contexto jurídico, apresenta-se como garantia constitucional. Ao tratar do assunto, Sanchis faz menção ao Tribunal Constitucional Alemão, que protege o livre desenvolvimento da personalidade, limitando-o, porém, aos direitos dos outros, a ordem constitucional e a moral.¹⁸ Essa disposição legal representa a liberdade no Brasil também, na medida em que expressamente traz exceções ao livre dispor sobre si. Para John Locke, a liberdade estaria limitada à lei da natureza, sendo que os sujeitos poderiam agir “sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem”¹⁹. Immanuel Kant, por outro lado, dissocia liberdade de lei natural, ao afirmar que agir para atender à própria fome, por exemplo, seria apenas obedecer a uma necessidade, pois a verdadeira autonomia implicaria em agir conforme lei que o sujeito impõe a si.²⁰ O filósofo alemão entende, ainda, que há uma intrínseca relação entre liberdade e justiça, o que se apresenta um tanto pertinente para o presente estudo, uma vez que a liberdade de dispor de seus próprios direitos

¹⁶ Ibidem. p.35

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 5ª. ed. Almedina: Coimbra, 2012, p. 108

¹⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. “*Justicia constitucional y derechos fundamentales*”. Trotta: Madrid, 2003. Cap.5

¹⁹ LOCKE, John. “Dois tratados sobre o governo”. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 382.

²⁰ SANDEL, Michael J. “Justiça – O que é fazer a coisa certa”. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p.141

independentemente de aval do Estado tem íntima conexão com o conceito de justiça.

John Stuart Mill ressalta a soberania que o indivíduo tem sobre seu “corpo e sua própria mente”²¹, respondendo perante a sociedade apenas no que concerne aos outros, sujeitando-se a “quaisquer consequências que daí resultem: (...), mesmo que considerem a nossa conduta tola, perversa ou incorreta. (...), partindo-se do princípio de que as pessoas que compõem o grupo são maiores de idade e não foram forçadas, ou enganadas.”²² O sujeito de direito é livre para dispor sobre si e firmar acordos, desde que não prejudique terceiros ou atinja os preceitos do Estado Democrático do Direito.

Owen M. Fiss, entretanto, apontou algumas fragilidades das autocomposições, que vão além da liberdade, e questionam a legitimidade dessa forma de resolução de conflito, tais como: a dificuldade de plena compreensão do que está sendo acordado; a influência dos procuradores e de seguradoras; a situação momentânea na qual a parte se encontra (emocional e financeira); acréscimos da diferença monetária e intelectual entre os envolvidos, que tendem a influenciar a negociação²³. Essa última recebe especial atenção, pois remete à falta de equidade entre os interessados, que poderia ser compensada pelos instrumentos legais e processuais nesse sentido pelo meio judicial.

Ainda assim, os instrumentos da mediação, o conceito de justiça, e a promoção da paz social²⁴ admitem e sustentam a autocomposição como melhor forma de solução de conflitos. Muito resumidamente, esclarece-se que os argumentos de Fiss não estão totalmente equivocados, mas não podem ser considerados verdade absoluta, pois não estão presentes em todas as circunstâncias, muito menos àquelas mais adequadas à mediação: as relações continuadas²⁵. Essa não é sua única indicação, mas certamente a mais proveitosa. Ademais, em resposta às críticas de Fiss, outras considerações não de ser

²¹ MILL, John Stuart. “Sobre a liberdade”. Tradução de Pedro Madeira. Ed. especial. Conversão para e-book: Celina Faria e Leandro B. Liporage. Disponível em <https://efabiopablo.files.wordpress.com/2017/02/sobre-a-liberdade-col-saraiva-de-bolso.pdf>. Acessado em 21 set. 2020. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011. p.26

²² Ibidem. p.28

²³ FISS, Owen. “*Against Settlement*”. en: *The Yale Law Journal*. Vol.93. n.6. Yale: Yale L. J., 1984. p.1073-1090

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Preâmbulo.

²⁵ SIX, Jean-François. “Dinâmica da Mediação”. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 53.

apresentadas. Quanto à ignorância jurídica em torno dos termos do acordo, mister enfatizar a importância de os envolvidos estarem assessorados por seus respectivos advogados²⁶. Os demais pontos são superados pelo preparo do mediador²⁷ (não exigido pela respectiva Lei para a forma extrajudicial), e pela evitação de concretizar-se um acordo em primeira sessão de mediação. As palavras de Pozzatti Junior e Kendra ressaltam a indispensabilidade da equidade na mediação, que sempre será preservada pelo mediador. “O equilíbrio entre as partes é uma grande preocupação no procedimento da mediação, pois caso contrário não se obterá êxito.”²⁸

As técnicas envolvidas²⁹ somadas aos resultados positivos indicados pelo Conselho Nacional de Justiça³⁰ sinalizam e reforçam a eficiência da Mediação na resolução de conflitos. Premente destacar especialmente a relação estabelecida entre mediação e democracia, sendo uma forma de concretização desta. Pozzatti Junior e Kendra ressaltam que a mediação pode ser “a melhor forma de realização da autonomia/emancipação, democracia e cidadania. Isto, na medida em que educa, facilita e ajuda a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros”³¹. Na mesma obra, os mesmos autores acrescentam que “o que se propõe é que pacifique sem decidir, e não decidir sem pacificar”.³²

4 MEDIAÇÃO, INAFASTABILIDADE ESTATAL E DIREITOS INDISPONÍVEIS

Uma das principais características da mediação é a emancipação promovida aos envolvidos. Nesse caso, o sentido não é jurídico, mas social, na medida que

²⁶ Muito embora a Lei de Mediação dispense a obrigatoriedade no âmbito extrajudicial.

²⁷ “A capacitação em mediação de conflitos inclui, necessariamente, conhecimentos metodológicos de caráter interdisciplinar e as habilidades da sua arte.” *En* VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. “Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas”. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p.60.

²⁸ POZZATTI JUNIOR, Ademar. KENDRA, Veridiana. “Acesso à Justiça e Mediação: Por uma revolução democrática da prestação jurisdicional”. *En*: Revista Direitos Fundamentais e Democracia. v.18 n.18 (2015), Curitiba, Centro Universitário Autônomo Unibrasil, p.14-35. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/599/439>. Acessado em 21 set. 2020. p.31

²⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.* p.149-210.

³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-v2-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

³¹ POZZATTI JUNIOR, Ademar. KENDRA, Veridiana. *Op. cit.* p.28-29.

³² *Ibidem.* p.30

educa e encoraja as partes a comporem conjuntamente a mais apropriada forma de dissolver o dilema em que se encontram. Isso se dá por meio da promoção do diálogo, especialmente relevante nas relações familiares, tendo em vista a continuidade das relações e sua relevância como núcleo da sociedade.³³ Surge, então, uma verdadeira contradição, pois neste terreno fértil para a mediação – a família – estão os direitos indisponíveis que, em grande parte, exigem a presença do Ministério Público e homologação judicial. Tais exigências se justificam pelo envolvimento de crianças e adolescentes, que não possuem autonomia para falarem por si.

De um modo geral, os conflitos familiares envolvendo menores discutirão questões relativas a guarda, alimentos e convivência, cujas tomadas de decisão, em tese, não poderiam prejudicar os envolvidos. Além disso, outra proposta da mediação é a construção de soluções exequíveis, realistas, e passíveis de cumprimento. Não obstante a aparente perfectibilidade da medida, o Superior Tribunal de Justiça admitiu que os termos de um acordo fossem modificados quando de sua homologação, para majorar o valor dos alimentos de R\$ 50,00 para R\$ 100,00 mensais, mantendo-se os demais termos.³⁴ Em que pese a aparência irrisória dos valores, certamente sua fixação correspondia à realidade dos envolvidos, e não a do juízo. Majorá-los coercitivamente pode ser medida inócua, tendo em vista que o mais provável é que seja ignorada por quem recebe os R\$ 50,00 (e se satisfaz), ou inexecuível, por incapacidade financeira de quem paga.

A problemática da situação não está resumida ao interesse e à possibilidade dos envolvidos, mas se estende à complexidade dos demais elementos considerados pelas partes para entabularem um acordo. Em outra ocasião submetida ao STJ, foi homologado acordo, com modificações apresentadas por apenas uma das partes envolvendo a guarda de menor, ainda que não houvesse manifestação do outro responsável. Eis a fundamentação do acórdão:

o acordo estabelecido e subscrito pelos cônjuges no tocante ao regime de guarda, de visita e de alimentos em relação ao filho menor do casal assume o viés de mera proposição submetida ao Poder

³³ SIX, Jean-François. Op. cit. p.58.

³⁴ “A percepção de alimentos configura direito indisponível e irrenunciável dos filhos, desautorizando renúncia ou transação dos genitores que possam prejudicá-los. Cabe ao juiz da causa avaliar a regularidade do ato e o seu alcance, antes de homologá-lo, avaliando se ele prejudica os interesses dos incapazes envolvidos no feito.” *En*: Superior Tribunal de Justiça: Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1391790/TO. Julgado em 21/09/2017, publicado em 19/10/2017.

Judiciário, que haverá de sopesar outros interesses, em especial, o preponderante direito da criança, podendo, ao final, homologar ou não os seus termos. Em se tratando, pois, de mera proposição ao Poder Judiciário, qualquer das partes, caso anteveja alguma razão para se afastar das disposições inicialmente postas, pode, unilateralmente, se retratar.³⁵

Por outro lado, no mesmo caso, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva apresentou seu voto-vencido, no sentido de que a homologação de uma transação nesses termos significaria “impor uma transação a fórceps, com manifesto desequilíbrio entre as partes, violação da autonomia da vontade por não observância da consensualidade e ofensa ao princípio da paridade de armas”. No mesmo voto, o Ministro acrescenta que:

Por fim, entender de modo diverso seria admitir que a transação se subordina à vontade de apenas uma das partes, o que é contrário à própria natureza do negócio jurídico em si, que deve ser interpretado de forma restritiva, porquanto negócio benéfico que limita intencionalmente os direitos obrigacionais dos envolvidos justamente para prevenir ou findar controvérsias. Resulta latente dos autos que não há como se impor parcela do acordo em feito judicial já instaurado e com notória litigiosidade.³⁶

A questão, portanto, permanece em torno do melhor interesse do menor, sem ignorar a presença de divergência sobre qual seria a melhor forma de protegê-lo. Considerando-se a hipótese desse mesmo acordo não se submeter ao crivo judicial, as partes estariam obrigadas a retomar o diálogo e adequar a situação à modificação sofrida, sem o prejuízo da espera e a submissão a imposição de terceiro alheio às suas necessidades - o judiciário – cuja fragilidade é confirmada pela própria divergência apresentada.

Por outro lado, há “responsáveis” legais capazes de prejudicar seus filhos, colocando-os aquém de seus interesses egoísticos, físicos ou emocionais, utilizando-se dos menores como moeda de troca em determinada negociação, ou mesmo abusando literalmente para obtenção de prazeres que deturpam qualquer ideia de proteção e responsabilidade³⁷. Ainda que não sejam regra, a gravidade das

³⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1756100/DF. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

³⁶ Superior Tribunal de Justiça. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Voto-vencido proferido no Recurso Especial 1756100/DF. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

³⁷ GOVERNO FEDERAL. “Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes”. Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em

exceções certamente justificaria uma intervenção estatal para evitá-la. Todavia, essa atuação do estado não corresponde ao evitamento de sua ocorrência, posto que a presença do Ministério Público e a homologação judicial de um acordo - por preencher as exigências legais e constitucionais - infelizmente, não afastam a possibilidade de usurpações da infância e da adolescência daqueles que mais deveriam estar protegidos.

A questão que se apresenta, então, é se o remédio (Estado) é eficaz e necessário no formato legal existente, ou se é pior que a “doença”, verificada na incapacidade (igualmente questionável) dos sujeitos de resolverem de forma equilibrada seus próprios conflitos.³⁸

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem é composto de razões, emoções e desejos, que certamente o influenciam na tomada de decisões, cujos reflexos normalmente geram consequências que vão além de seus próprios interesses. Dar-lhe liberdade para agir como melhor entender é respeitar suas particularidades, mas não a controlar é assumir o risco de que prejudique a si e aos outros sujeitos que o circundam. Nessa toada, o Estado se impõe e regula as relações pessoais e interpessoais, em tese, no formato constitucional democrático. Os limites da intervenção estatal na liberdade individual, sob o pretexto de proteção da dignidade humana, aparentam estar além do razoável, na medida em que impingem aos envolvidos que submetam os termos construídos em sua negociação e que alcançam e preservam seus interesses ao crivo de um terceiro.

A situação remete a Ulisses (da mitologia Grega), que (muito resumidamente) capitaneava um navio, e ordenou que o amarrassem e tapassem seus ouvidos para que não caísse em tentação quando ouvisse o canto das sereias, protegendo a si e a toda a tripulação. A medida tomada pode ser comparada à submissão dos sujeitos aos ditames do Estado, para viver em sociedade. Remanesce, entretanto, sem resposta, se essa proteção é necessária, e se seu formato é eficaz e proporcional, posto que não se pode aferir se é real o “perigo” de prejudicar a si e aos outros por se render aos seus impulsos e sentimentos (o canto da sereia). Acrescenta-se a isso

21 set. 2020

³⁸ KOZICKI, Robert. “Anarquia, Estado e Utopia”. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.p.12

que eventual ilegalidade careceria de eficácia jurídica, e que a própria exequibilidade de eventual disposição equivocada seria impossível em momento futuro, quando então a atuação do Estado seria indispensável.

Nesse contexto, tratando-se especificamente das autocomposições, os instrumentos da mediação, quando bem aplicados, são capazes de proporcionar equidade e emancipação dos envolvidos, uma vez que promove o diálogo e permite a construção racional da melhor solução aos conflitos. A assessoria às partes por seus advogados completa o cenário ideal para que os interessados sejam capazes de controlar os riscos e responsabilidades assumidos, promovendo a efetiva pacificação social proposta no preâmbulo da Constituição Federal do Brasil. Quando envolve direitos de incapazes, especialmente crianças e adolescentes, a situação é cercada de limites ainda mais rigorosos quando em processo civil, mas não deixam de ser apropriados para solução amigável, em termos práticos.

Enquanto as exigências legais da Mediação Extrajudicial forem incompatíveis com a proposta teórica da Mediação, tal como ocorre no seu formato Judicial, a submissão dos acordos à homologação pelo Judiciário apresenta-se como medida mais adequada para controle e proteção dos envolvidos e de terceiros, na medida em que não coibi a liberdade do sujeito, mas garante-a como instrumento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara de Notícias. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/115436-direitos-indisponiveis>)%2C%20 consulta. Acesso em 20 set. 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 5ª. ed. Almedina: Coimbra, 2012.

BOBBIO, Norberto. “A era dos direitos”. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). “Constituição”: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. “Diário Oficial da União”, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. “Diário Oficial da União”, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação. “Diário Oficial da União”, Brasília, DF, 27 jun. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Justiça em Números 2020: ano-base 2019”. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-v2-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

FISS, Owen. “Against Settlement”. *en: The Yale Law Journal*. Vol.93. n.6. Yale: Yale L. J., 1984.

GOVERNO FEDERAL. “Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes”. Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em 21 set. 2020

KOZICKI, Robert. “Anarquia, Estado e Utopia”. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

LOCKE, John. “Dois tratados sobre o governo”. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MALISKA, Marcos Augusto. O Estado Moderno. In. “Os Desafios do Estado Moderno”. Federalismo e Integração Regional. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (estágio de doutoramento na Ludwig Maximilian Universität). p.14-25

MILL, John Stuart. “Sobre a liberdade”. Tradução de Pedro Madeira. Ed. especial. Conversão para e-book: Celina Faria e Leandro B. Liporage. Disponível em <https://efabiopablo.files.wordpress.com/2017/02/sobre-a-liberdade-col-saraiva-de-bolso.pdf>. Acessado em 21 set. 2020. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acessado em 20 set. 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar. KENDRA, Veridiana.” Acesso à Justiça e Mediação: Por uma revolução democrática da prestação jurisdicional”. *En: Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v.18 n.18 (2015), Curitiba, Centro Universitário Autônomo Unibrasil, p.14-35. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/599/439>. Acessado em 21 set. 2020.

SANCHÍS, Luis Prieto. “*Justicia constitucional y derechos fundamentales*”. Trotta: Madrid, 2003.

SANDEL, Michael J. “Justiça – O que é fazer a coisa certa”. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.” 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.” 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIX, Jean-François. “Dinâmica da Mediação”. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Superior Tribunal de Justiça: Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1391790/TO. Julgado em 21/09/2017, publicado em 19/10/2017.

Superior Tribunal de Justiça. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Voto-vencido proferido no Recurso Especial 1756100/DF. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1756100/DF. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. "Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas". 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.