FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

CLAUDIA OLIVEIRA LEMOS

MEDIAÇÃO EM PROCESSOS DE GUARDA: O OPERADOR DO DIREITO ENQUANTO MEDIADOR NA VARA DE FAMÍLIA

Aracaju

2014

CLAUDIA OLIVEIRA LEMOS

MEDIAÇÃO EM PROCESSOS DE GUARDA: O OPERADOR DO DIREITO ENQUANTO MEDIADOR NA VARA DE FAMÍLIA

Monografia apresentada como requisito de obtenção do Grau de Bacharel do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe - FANESE.

ORIENTADORA:
Profª. Me. Antonina Gallotti Lima Leão

Aracaju

2014

L555m

LEMOS, Claudia Oliveira. Mediação em Processos de Guarda: o operador do direito enquanto mediador na vara de família. Aracaju. 2014. 75 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Departamento de Direito, 2014.

Orientadora: Profa. Me. Antonina Gallotti Lima Leão

CLAUDIA OLIVEIRA LEMOS

MEDIAÇÃO EM PROCESSOS DE GUARDA: O OPERADOR DO DIREITO ENQUANTO MEDIADOR NA VARA DE FAMÍLIA

Monografia apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 07/06/2014.

BANCA EXAMINADORA

_____

Profª. Me. Antonina Gallotti Lima Leão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

_____

Prof. Me. Carlos Magno de Oliveira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

_____

Prof. Me. Vitor Costa Oliveira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais, irmãos, sobrinhas e cunhadas, que estão ao meu lado em todos os momentos; ao meu marido Wagner, que me incentiva em minhas escolhas acadêmicas; e, ao meu filhinho Ulisses, que me impulsiona em minhas buscas pelo amadurecimento profissional, intelectual e pessoal.

AGRADECIMENTOS

A **Deus** que me concedeu a vida e o gosto pela aprendizagem, e me ensina a ser melhor a cada dia.

Aos meus pais, **João Oliveira** e **Núbia Oliveira**; meus irmãos, **Márcio Oliveira** e **Décio Oliveira**; minhas sobrinhas, **Sâmarah, Ariel, Gabriela** e **Ariadne**; e minhas cunhadas, **Andréa Oliveira** e **Aionara Oliveira**; que estão sempre ao meu lado, e apesar de seus compromissos diários, que não são poucos e nem fáceis, me possibilitaram, como puderam, a continuidade do meu sonho.

Ao meu marido, **Wagner Gonzaga Lemos**, o primeiro incentivador pelo curso de Direito e meu maior crítico nos assuntos acadêmicos.

À família **Fanese,** que proporcionou toda a estrutura institucional, tanto física como profissional, para que meu conhecimento fosse desenvolvido.

À minha orientadora, **Profª. Me. Antonina Gallotti Lima Leão**, pelo excelente acompanhamento ao desenvolvimento de meu trabalho acadêmico e por compreender minhas limitações sem desacreditar de meu potencial.

À **Profª. Drª. Hortência de Abreu Gonçalves** pela orientação metodológica, imprescindível à organização deste trabalho monográfico.

Aos professores que acresceram informações técnicas e profissionais do primeiro ao último dia de aula durante todo o curso; em especial, aos professores **Vladmir de Oliva Mota** e **Gilberto de Moura Santos**, docentes que me foram exemplo de compromisso, dedicação e amor ao conhecimento.

Aos coordenadores que se esforçaram para tornar o curso de Direito viável, e em especial a **José Albérico Gonçalves Ferreira**, que atendeu às minhas solicitações, no sentido de possibilitar um melhor desempenho durante todo o processo de aprendizagem.

Aos amigos de trajetória acadêmica **Karla Vannessa Pinheiro de Figueiredo**; **Maylane Pereira dos Martires, Dione Aragão, Karen Govasque, Adriana Bonfim, Paulo Santos, Jaime Aragão, Patrícia Condoreli, Genivaldo Andrade, Raquel Aylana, Katiane Macedo e Samara Vinhas**, por dividirem o aprendizado e os bons momentos tornando agradáveis os dias mais tensos.

Aos amigos de longas datas **Patrícia Bomfim, Analice Bento, Petruska Passos, Eduardo Ubirajara, Emília Vilanova, Ana Paula Novais, Selma Araújo** e tantos outros colegas e amigos que estiveram ao meu lado durante minha jornada.

Finalmente, a todos que contribuíram para minha formação, desde os cafés servidos, tão revigorantes no momento do cansaço, até os conselhos acadêmicos, imprescindíveis em minha caminhada até aqui.

Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro. Mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão.

Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.

Fernando Pessoa

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo verificar o trabalho dos operadores do Direito no que concerne à atuação na mediação envolvendo questões de guarda, quando em casos de separação. Os conflitos relacionais familiares são retratados neste estudo em razão de sua frequência cada vez maior no judiciário; os desgastes da convivência entre os casais os levam ao rompimento do matrimônio; e, conduzidos ao judiciário, buscam ações que visem a manter a cordialidade como forma de promoção do melhor interesse das crianças e adolescentes frutos dessas relações. Estas questões demandam conhecimentos técnicos de resolução de contendas, principalmente nos relacionamentos que terão continuidade devido à existência de filhos. Por esta razão, os profissionais que de alguma forma orientarão as partes quanto à controvérsia, precisarão identificar e separar os interesses patrimoniais das questões psicoafetivas relativas ao casal; para que isto ocorra, é necessário que cada profissional se comprometa com o seu papel, apropriando-se dos princípios relativos ao Direito de Família, e assim, tentar inibir que os separandos se utilizem dos bens ou dos filhos como forma de se atingirem mutuamente durante o prosseguimento dos processos de divórcio e guarda. Neste sentido, pensou-se na mediação como ferramenta importante para apaziguar os ânimos do casal, partindo-se da falta de diálogo na relação posta a termo, para a promoção da comunicação livre de ruído que possivelmente permitirá a formulação de um acordo. Quando esta iniciativa é principiada pelo Operador do Direito que, mesmo agindo tecnicamente, busca ser ponte entre o ex-casal, está-se dando um primeiro passo rumo à promoção do bem social e da família enquanto fundamento da sociedade. Por outro lado, percebe-se que alguns profissionais, em um litígio familiar, buscam a vitória de seus clientes acima de qualquer outro objetivo, e desta forma, deixam de observar o interesse dos filhos menores, pois, profissionalmente, o que lhes importa é “ganhar”, entretanto, neste tipo de disputa, só há perdedores, dado o desgaste emocional e financeiro de todos. Verificou-se ainda que para que a escuta ativa obtenha resultados satisfatórios, é necessário o desenvolvimento do trabalho interdisciplinar, pois o múltiplo conhecimento científico poderá facilitar o alcance dos reais objetivos do Direito Familiar, fora do âmbito processual, que é o de conduzir as partes à solução mais próxima do que é justo e saudável para os lados, perpetuando a humanidade e função social da família. Concluiu-se o estudo com a observação de

que a mediação é uma arte, a arte de devolver à sociedade a beleza do respeito mútuo, dos sentimentos de igualdade, solidariedade, a arte de resgatar a dignidade de cada ser humano seja qual for a situação de conflito na qual esteja envolvido.

Palavras–chave: Direito de família. Guarda. Mediação. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

This research had the objective of verifying the Lawyers work regarding their performance in mediation involving issues of legal guardianship, in cases of separation. The familiar relational conflicts are showed in this study because of their increasing frequency in the judicial system; the companionship consuming between couples drives them to the end of their marriage; and, conducted to the judicial system, they look for actions which are aimed at maintaining cordiality as a way to promote the best interest of the children and teenagers, fruit of these relationships.These issues demand technical knowledge about solving fights, specially in those relationships which will go on because of their children existence. That's why, professionals who are somehow directing the parties, need do identify and separate the patrimonial interests from psychological/emotional issues related to the couple; to do this, it is necessary for each professional to get committed to their own role, appropriating with Family Law principles, and thus, try to avoid that the parties use their goods or children as means to hit each other during the course of the divorce and guardianship processes. Therefore, the mediation was thought as an important tool to ease the couple's emotions, starting with the lack of dialogue in the relationship, to the promotion of the free of noise communication which will possibly allow the formulation of an agreement. When this initiative is started by the Lawyer who, even acting technically, tries to be the bridge between the ex-couple, a first step is being given to the promotion of the social and familiar welfare, as a base of the society. On the other hand, it's noticed that some professionals in a familiar lawsuit, look for their clients victory above any other objective, and this way, they forget to see the minor children interests, whereas, professionally what matters to them is "winning", however, in this kind of fight, there are only losers, given the emotional end financial consuming to everyone. It was still verified that, in order to have satisfactory results, it's necessary that the active listening develop the interdisciplinary work, since the multiple scientific knowledge can ease reaching the real objectives of the Family Law, out of processual range, which is directing the parties to the nearest of what is fair and healthy to their solution, perpetuating the humanity and social situation of the family. The study was concluded with the observation that mediation is an art, the art of giving back to the society the beauty of the mutual respect, the

feelings of equality, solidarity, the art of bringing back the dignity of each human being, whatever it is the conflict situation in which he is involved.

Key-words: Family Law, Guardianship, Children’s and Teenagers’ Best Interest Principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12
2 A FAMÍLIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA 18
2.1 Construindo Lares 18
2.2 Desfazendo os Laços 24
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O DIREITO DE FAMÍLIA 30
4 MEDIAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA 36
4.1 Ferramentas Extrajudiciais de Resolução de Conflitos 37
4.1.1 Conciliando Vontades 38
4.1.2 Negociando Interesses 39
4.1.3 Direitos Arbitrados 41
4.2 Mediando Famílias 41
4.2.1 A Figura do Mediador 48
5 CONCLUSÃO 54
REFERÊNCIAS 57
ANEXO A – Projeto de Lei da Câmara nº 94 de 2002 59
ANEXO B – Projeto de Lei do Senado nº 517 de 2011 62

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família na atualidade está bem mais amplo do que no passado, e em razão dessas mudanças entre o pretérito e o tempo presente é que conflitos das mais diversas ordens têm sido apresentados em juízo. A petição inicial é o meio através do qual o magistrado terá o primeiro contato com a lide, e as partes exercerão a comunicação técnico-jurídica. Ao analisar tais documentos, foi possível perceber que, no afã de alcançar um resultado favorável ao cliente, o operador de direito, muitas vezes, não encontra limites nas acusações apresentadas nos autos, e acaba por acirrar os conflitos já existentes, indo na contramão das atuais demandas pela mediação e conciliação das partes litigantes.

Outrossim, o aspecto social da pesquisa realizada considerou o bem estar e o melhor interesse da criança ou adolescente envolvidos em um processo de divórcio com disputa de guarda, no qual, por meio de técnicas de mediação, desde o primeiro contato com o advogado, dever-se-ia amenizar as consequências do desgaste da relação que provocou a dissolução do casamento.

Assim sendo, a busca por informações foi viabilizada por meio da pesquisa bibliográfica e documental, na qual se pretendeu descobrir novas formas de comunicação. Estas, neste entendimento, devem viabilizar de forma eficiente e eficaz o trabalho dos operadores do direito no município de Aracaju, a fim de integrar e promover uma melhoria das relações familiares, mesmo após o divórcio, nos casos em que a continuidade da família se fez necessária em virtude do desenvolvimento saudável dos filhos do casal em processo de separação.

Portanto, o estudo inicial sobre a prática jurídica no município de Aracaju possibilitou uma visão das falhas ou ausência das técnicas de mediação, e assim, pensar estratégias de melhoria no exercício profissional, no que tange aos processos de dissolução do casamento com disputa por guarda dos filhos.

Não foi pretensão, através do diagnóstico, fechar questões pertinentes à mediação ou à prática profissional, tendo em vista que se entende que a cultura regional pode interferir significativamente na atuação do Direito. Neste aspecto, a pesquisa foi um importante desencadeador de uma nova visão de trabalho, bem como serviu de incentivo ao desenvolvimento de estudos que pudessem renovar as técnicas de mediação frente às novas nuances da família brasileira.

Neste sentido, o objetivo geral primeiro foi o de analisar a concepção teórico-prática que os operadores de Direito possuem acerca das técnicas de mediação, principalmente na atuação nas varas de família, mais especificamente nos processos de divórcio com guarda de filhos, por meio da análise documental e bibliográfica. Para tanto, foram realizadas pesquisas acerca das técnicas de mediação aplicadas no Brasil; identificando as formas de ação dos operadores de direito, nos processos de guarda, através da análise das petições iniciais e contestações; verificando informações acerca da mediação e a sensibilização dos novos profissionais a respeito da importância do seu papel na condição de conciliador no exercício da profissão; além da avaliação das atitudes que melhorariam a qualidade do atendimento às famílias por parte dos operadores de direito e do sistema judiciário de Aracaju.

Intentou-se ainda responder algumas questões norteadoras, tais como: As técnicas de mediação aplicadas no Brasil têm sido adequadas às demandas da nova configuração familiar? Os operadores de direito estão sendo preparados para atuar como conciliadores e mediadores nos processos de guarda? As informações sobre a mediação objetivam sensibilizar os novos profissionais a respeito da importância do seu papel conciliador no exercício da profissão?

Para responder tais questionamentos, foram utilizados como métodos de pesquisa: a reflexão sistemática acerca da realidade, o que exigiu a aplicação científica dos métodos de abordagem e conhecimento desta, constituindo-se assim a pesquisa baseada na realidade empírica. Isto é, a realidade que vai além de deduções e possibilidades, obtida por meio da experiência vivenciada pelo pesquisador ao relacionar-se com o objeto de sua pesquisa. Neste caso, os processos de divórcio com guarda dos filhos menores, provenientes das varas de família da Comarca de Aracaju.

Desse modo, as informações aqui presentes foram obtidas por meio de levantamento bibliográfico, concretizando-se na busca de artigos publicados na Internet, livros, monografias e periódicos disponíveis na biblioteca da Faculdade de Negócios de Sergipe – FANESE, bem como na biblioteca particular da pesquisadora.

Para atender às questões relativas ao problema levantado que era o de saber como a falta de conhecimento das técnicas de mediação tem afetado o melhor desempenho dos operadores de direito na condução dos processos de guarda, a

pesquisadora apropriou-se da observação sistemática, "[...] é a que se realiza em condições controladas para se responder a propósitos, que foram anteriormente definidos. Requer planejamento e necessita de operações específicas para o seu desenvolvimentos". (RUDIO, 1978, p. 36), de forma a embasar a pesquisa do tipo qualitativa,

> [...] responde a questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser quantificado. Ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis. (MINAYO: 1994, p. 21-2).

Possuindo ainda características de pesquisa "bibliográfica, documental, descritiva e experimental",

> A pesquisa *bibliográfica* é aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses etc. utiliza-se de dados ou de categorias teóricas já trabalhados por outros pesquisadores e devidamente registrados. Os textos tornam-se fontes dos temas a serem pesquisados. O pesquisador trabalha a partir das contribuições dos autores dos estudos analíticos constantes dos textos.
> No caso da *pesquisa documental*, tem-se como fonte documental no sentido amplo, ou seja, não só de documentos impressos, mas sobretudo de outros tipos de documentos, tais como jornais, fotos, filmes, gravações, documentos legais. Nestes casos, os conteúdos dos textos ainda não tiveram nenhum tratamento analítico, são ainda matéria-prima, a partir da qual o pesquisador vai desenvolver sua investigação e análise. (SEVERINO, 2007, p. 122-123)
> [...] na primeira (descritiva) o pesquisador procura conhecer e interpretar a realidade, sem nela interferir para modificá-la. Na pesquisa experimental, o pesquisador manipula deliberadamente algum aspecto da realidade, dentro de condições anteriormente definidas, a fim de observar se produz certos efeitos. (RUDIO, 1978, p. 55)

À medida que a pesquisa foi além da análise dos dados obtidos, tendo em vista que se procurou interferir na realidade por meio das sugestões elaboradas no intuito de despertar a reflexão dos advogados acerca da importância da eficácia da mediação na realização dos serviços prestados.

O universo da pesquisa foram os documentos relativos aos pedidos de guarda, produzidos por advogados e iniciadores dos processos nas varas de família

de Aracaju, entretanto, não divulgados, dado o caráter sigiloso dos autos que envolvem crianças. Dessa forma, ao conhecer as questões que envolvem a prática profissional nos serviços prestados dentro e fora dos Tribunais que julgam processos de divórcio e guarda, perceberam-se quais perspectivas de mudanças são necessárias para dinamizar o atendimento sem que maiores danos sejam causados pela lide processual.

Além disso, na construção desta monografia, foi utilizada a técnica de fichamento como forma de colher informações importantes acerca dos textos escolhidos. Tais informações foram utilizadas na constituição teórica do projeto inicial, que foi utilizado como base teórica da monografia. Os fichamentos realizados nortearam o conhecimento acerca do tema abordado, bem como contribuíram para a edificação da base teórica disposta em cada capítulo desta monografia.

No segundo capítulo, foram abordadas as mudanças ocorridas na sociedade ao longo dos anos que acarretaram transformações na configuração familiar, com marcantes avanços e prejuízos que frequentemente têm sido levados ao judiciário, provocando inclusive mudanças na legislação relativa ao Direito de Família. Ainda nesse capítulo, notou-se que as mudanças legais não ocorreram no mesmo ritmo que as sociais, e ainda não acompanham a velocidade de tais modificações, e as exigências relativas ao tema, ultrapassam a letra fria da lei, por serem muito mais complexas do que os legisladores possam alcançar.

Dando continuidade, em reconhecimento à importância das alterações legais, principalmente no que diz respeito ao andamento processual, em razão do posicionamento dos operadores do direito que primam pelo cumprimento da lei, observou-se que quanto mais próxima a norma estiver das necessidades dos litigantes, resolvendo seus problemas de maneira a satisfazer ambas as partes, mudando o olhar do Judiciário no que diz respeito às relações familiares, melhor.

Desse modo, foi com foco nesse aspecto familiar que se ressaltou a necessidade de uma maior interação interprofissional, com fulcro no atendimento a problemáticas que envolvem não somente direitos e questões materiais, mas também, de ordem relacional e afetiva, nas quais, em muitos casos, estão envolvidas crianças que acabam por ser vítimas de um embate entre seus pais e os advogados destes, como são os casos das separações conjugais com disputa pela guarda dos filhos menores.

É por esta razão que há anos a legislação brasileira tem se voltado para a família, com Varas especializadas no Direito de Família e com profissionais que dedicam, ou pelo menos deveriam dedicar atenção e cuidados especiais às relações familiares em crise que se apresentam ao Judiciário.

Para que a mudança ocorra de maneira eficaz, é mister que juízes, legisladores, operadores do Direito e demais profissionais envolvidos na contenda questionem-se a respeito da crise que se apresenta, para que, entendendo-a, não apliquem a lei apenas para atender uma demanda momentaneamente, mas para resolver o conflito com o objetivo de atingir um desfecho menos prejudicial para as relações familiares.

O terceiro capítulo foi pensado no sentido de esclarecer que tanto operadores do direito quanto pais litigantes, na disputa pela guarda devem considerar os princípios constitucionais relativos ao Direito de Família, e ao conduzirem os processos na vara especializada, necessitam priorizar o superior interesse da criança como princípio fundamental de preservação de sua dignidade.

Durante a construção do capítulo, percebeu-se a integração dos princípios, sendo o da dignidade da pessoa humana o princípio gerador das demais espécies apresentadas; e o melhor interesse da criança, o objetivo a ser alcançado pelo sistema jurisdicional e pela mediação, nos processos que envolvem guarda de filhos menores.

Para esse fim, iniciou-se na construção do quarto capítulo no intento de considerar a reflexão necessária que o operador do direito deve fazer no que se refere ao seu papel, enquanto mediador na resolução de tais conflitos familiares. Destacou-se como ele deve mediar as relações entre os pais em processo de separação, defender seus direitos, mas acima de tudo, ajudá-los a chegarem a um acordo no que refere à guarda dos filhos, a fim de que se minimizem os prejuízos psicológicos e relacionais intrínsecos a um processo de separação judicial. De igual modo, ressaltou-se ainda como o advogado de família deve observar que o fenômeno da mediação vem sendo discutido, aperfeiçoado e aplicado no sistema judiciário já há alguns anos. Entretanto, quando se observam os autos processuais, principalmente as petições iniciais, verifica-se que as ferramentas de mediação precisam ser melhor conhecidas e utilizadas por estes profissionais, e que sua atuação, principalmente nas varas de família, repensada.

Em síntese, o objetivo exposto nesse capítulo é que advogados se sensibilizem quanto à mediação enquanto forma de evitar o litígio, mesmo que seja inevitável a intervenção jurisdicional. A finalidade é levar o casal a tomar decisões que afetem minimamente o futuro de forma negativa, fazendo-o entender que o fim do casamento, não é, necessariamente, o término do respeito e da família, principalmente para a criança; mas apenas, mais uma nova configuração familiar frente às constantes e dinâmicas transformações sociais.

Finalmente, considerando todos os autores aqui abordados, concluiu-se que enquanto a mediação não é definida em lei e funcionar como opção que objetiva resolver um encargo do judiciário, os conflitos apenas se acumularão nas mesas dos juízes. A mediação precisa funcionar como um meio de administração de conflitos, levando o operador do direito a refletir acerca das questões relacionais, e resolvê-las fora do âmbito processual, encaminhando as partes a um consenso. Dessa maneira, apreciando os sentimentos e dinâmica familiar até então construída e em crise, o profissional deve conduzir as partes à solução mais próxima do que é justo e saudável para o casamento posto a termo, mas que tem na família sua continuidade por meio dos filhos comuns ao ex-casal, perpetuando a humanidade e função social da família seja qual for a configuração que esta aderir.

2 A FAMÍLIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

> [...] a família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei [...]
>
> Michelle Perrot[1]

2.1 Construindo Lares

Para entender o significado da instituição familiar, é imprescindível atravessar a história das civilizações, e desse modo observar-se-á que não há um conceito pronto acerca do tema, tendo em vista que as pessoas se associam em família por diversos motivos, sejam econômicos, políticos, sociais, psicoafetivos, para preservação das tradições ou multiplicação do nome familiar. É na família que se formam as primeiras relações socioafetivas; é nela que começa a rede de relações relevantes do indivíduo, e é a partir dela que o ser social passa a reproduzir as normas, regras de convivência e valores apreendidos e pertinentes à sociedade vigente. Nesse sentido, afirma Teixeira (2005, p. 12):

> É no seio da família que são travadas as relações mais íntimas e relevantes da vida da pessoa. É nesse âmbito que se reproduzem ideologias, transmitem-se normas, os valores dominantes que fundamentam as relações sociais, que justificam as relações humanas e a ordem social num determinado contexto histórico. É no interior familiar que se reproduz a primeira organização social, onde se aprende valores como respeito, integridade e todas as regras de convivência. É nesse âmbito mais privado que as pessoas travam as primeiras experiências da vida pública, da co-existência, da cidadania, da inclusão ou da exclusão, dos conflitos, dos erros e dos acertos.

Partindo-se da afirmativa da autora, verifica-se que cada família constrói o seu modo de viver nuclearmente, entretanto, reproduz valores externos como meio de inserção social, numa troca entre o público e o privado. E, observa-se ao longo da história, a relevância do público na construção e desconstrução de valores

---

[1] PERROT, Michelle. **Funções da família**. In: História da vida privada: da revolução Francesa à Primeira Guerra. Trad. Denise Bottman e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 105.

familiares, como no caso da família brasileira, na qual se verifica a influência romana no contorno desta instituição.

Em continuidade à influência romana nos valores familiares, afirma Teixeira (2005, p. 13-14),

> Os valores da família romana colocavam o patrimônio privado em escala valorativa superior à própria vida humana. Eram os interesses econômicos que determinavam as uniões matrimoniais. Seus traços essenciais foram a incorporação dos escravos e o domínio paterno.
> [...]
> A função da família ultrapassava o âmbito doméstico. Era, a um só tempo, unidade política, religiosa e econômica. O chefe de família, por seu turno, somava funções em todos esses âmbitos, o que tornava seu poder quase ilimitado.

Esta composição familiar romana que influenciou e ainda está inserida no cenário brasileiro, determinava que o poder do pai se estenderia inclusive sobre a vida dos filhos e de qualquer outro membro daquele núcleo, influenciando ainda as normas no Direito de família, como ensina Teixeira (2005, p. 18).

> Nota-se, portanto, a influência da arquitetura familiar romana na família e no Direito brasileiro, inclusive sobre as relações parentais, principalmente nos séculos XIX e grande parte do XX. É claro que o pai não mais tinha direitos de vida e morte sobre os filhos, nem poderia vendê-lo ou matá-lo se nascido com algum problema físico. Entretanto, o pátrio poder continuou sendo perpétuo por um longo período. Isso se deu em razão de as primeiras legislações do Brasil terem sido importadas de Portugal, cuja origem foi basicamente romana.

No Código Civil de 1916, a mulher era alienada da função de direção familiar, pois esta era uma exclusividade do marido; a mulher perdia todos os direitos de administração dos próprios bens com o casamento, chegando a tornar-se relativamente incapaz, no sentido jurídico. Teixeira (2005, p. 22-23) esclarece que:

> [...] apenas com o advento do Estatuto da Mulher Casada é que ele (o homem) passou a exercer algumas funções com a colaboração da esposa.
> Aliás, esta lei teve grande relevância para as relações jurídicas materno-filiais, visto que alterou a redação do art. 393 do Código Civil de 1916, que estabelecia a perda do pátrio poder da mãe/viúva que se casasse novamente. Assim, com o novo casamento, nada mudava no relacionamento entre mãe e filhos, não se rompendo o vínculo jurídico e afetivo existente entre eles. (sem grifo no original).

> [...] O casamento era a única forma lícita de constituição de família. Era ele que determinava a legitimidade, tanto da própria família quanto dos filhos. O concubinato era tido como relação à margem da lei, tratado no âmbito do Direito Obrigacional, como sociedade de fato. Era visto com tal carga de preconceito, que não recebeu disciplina no Código de Civil de 1916. Sempre que este fazia qualquer menção sobre o tema, referia-se ao concubinato adulterino, para repudiá-lo, invalidando atos jurídicos praticados entre parceiros adúlteros.

Percebe-se desta forma, que o Código Civil de 1916 admitia uma única forma de constituição familiar, que ocorria com a contração do casamento e deveria perdurar até o fim da vida dos cônjuges, não se admitindo a dissolução do matrimônio. Embora o CC/1916 concebesse como único modelo familiar o casamento, não quer dizer que outras formas de concretização da família não existissem, estas apenas não eram admitidas pelo ditame legal. Esta situação, conforme expõe a autora, perdurou no Brasil até 1977 quando se passou a admitir a separação judicial, tema a ser tratado no próximo item.

> O Código Civil de 1916 tinha a audaciosa proposta de disciplinar grande parte das relações privadas, sendo, até o advento da Constituição Federal de 1988, o regulamento monopolizador destas relações, embora já existissem leis extravagantes buscando o equilíbrio nas relações dos cônjuges e regulando as novas formações afetivas familiares, como, por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62, e a Lei do Divórcio, nº 6.515/77, ocorrendo uma mudança gradativa da família, num primeiro momento, com a posição mais equilibrada da mulher na relação conjugal e após, pela possibilidade da dissolução da Sociedade Conjugal, pois antes dessas duas leis extravagantes, a família era tida como um fim em si mesmo, a mulher era tratada de forma rígida, submetida ao controle absoluto do varão, por meio do poder marital, e os filhos eram submetidos ao pátrio poder, em observância à concepção da família instituída no Código francês de 1804, onde o homem representava na família por ele chefiada, o Imperador do Estado francês, no simbolismo concebido por Napoleão. (THOMÉ, 2010, p. 20-21).

Diante do exposto, observa-se que, no CC/1916, o que predomina é a visão patrimonialista, muito mais voltada ao aspecto econômico da sociedade familiar, relegando a mulher e a afetividade a último plano, pois o objeto de proteção deste preceito eram o patrimônio, o casamento civil, o marido e os filhos legítimos, sendo estes, os principais componentes das relações familiares; até que as mudanças sociais levaram a afetividade para o bojo da família nuclear, e este novo

componente adquiriu destaque e passou a fundamentar as normas da Carta Magna de 1988, na qual, de acordo com Thomé (2010, p. 17):

> [...] a família passou a ser reconhecida por um modelo aberto e plural, nas suas mais variadas formações, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana e o respeito pela liberdade de cada ser humano de formar sua família de acordo com seu desejo e vontade.

Esta ideia é reforçada ainda por Teixeira (2005, p. 27-28), ao discorrer que,

> Muitos fenômenos contribuíram para uma nova arquitetura familiar no final do Século XX, tais como a quebra da ideologia patriarcal, a revolução feminista, a redivisão sexual do trabalho e a evolução do conhecimento científico. Tudo isso possibilitou às pessoas assumirem novos papéis na dinâmica familiar, como o compartilhar da função de prover as despesas da casa, pois a mulher também se alocou no mercado de trabalho. Tal atitude impulsionou o homem a buscar o exercício de um papel ativo no âmbito doméstico, obrigando-o a rever seu antigo conceito de paternidade. A verticalidade das relações começa a ceder lugar à busca de uma horizontalidade que caracterizava a "família igualitária".

Neste sentido, o casamento deixou de ser uma união com a função objetiva de procriar e de proteger o patrimônio, admitindo a afetividade e a responsabilidade compartilhada e solidária em relação aos filhos; a Constituição de 1988 proporcionou à família o status de "família-instrumento" e não "família-instituição", permitindo a individualização e liberdade de seus membros, sendo funcional à medida que contribuiu para a realização de cada integrante. Teixeira afirma que deixa de "existir a grande família" e entra em voga a família nuclear, formada por pai, mãe e filhos. Thomé (2010, p. 18) complementa esta ideia, afirmando que:

> Quanto mais estruturada estiver a família, baseada em valores afetivos, de respeito ao outro, igualdade, convivência pacífica e proteção de seus integrantes, maior influência terá no desenvolvimento das potencialidades de cada ser humano na busca de uma maior autonomia e responsabilidade por seus atos, tanto em relação a cada um, como em relação a todo o ambiente social em que vive.

Outras transformações ocorreram, e com a dissolução oficial das relações familiares, passou-se a considerar a família uniparental. O Estado não tinha mais como abarcar o matrimônio como única forma de união, pois a família adquiriu

diversas facetas, às quais a tutela jurisdicional do Estado deveria adequar-se, indo além da família constituída apenas pelo casamento.

> O importante é que a família contemporânea, inscrita na Constituição Federal de 1988, não é apenas albergada pelo casamento. O art. 226 é uma enumeração meramente exemplificativa, abarcando em seu bojo inúmeras espécies de entidades familiares. (TEIXEIRA, 2005, p. 31)

A família é formada por indivíduos, independente da forma como ela se constitui, isto é, se pelo casamento, seja ela nuclear, monoparental, homoafetiva, entre outras formas, e, verifica-se que os avanços, social e legal, procuram abranger a família qualquer que seja sua forma de constituição.

Esta ideia ganhou força na medida em que fez um contraponto do CC/1916 com a CF/88; enquanto o primeiro protegia o modelo familiar formado pelo casamento, a CF/88 passou a abranger a família de forma mais diversificada, não adotando um modelo único, respeitando a liberdade individual e a afetividade como fundamentos da entidade familiar.

> A família deste novo século é impregnada de formas e escapam aos modelos tradicionais do século que se encerrou, mas refletem um novo olhar sob suas configurações.
> Essas diversas formas de família já existiam no século que findou, mas a sociedade e o Estado negavam seu reconhecimento, dispondo, no sistema jurídico, apenas sobre a instituição do casamento indissolúvel, modelo centrado no patrimônio e na figura do homem como o chefe da sociedade conjugal. (THOMÉ, 2010, p.19).

Destaca-se aqui que a legislação atual busca ampliar o conceito de membro familiar, para que todos sejam alcançados pela proteção Estatal. Quanto mais ampliado for o conceito de família, menos espaço haverá para a reprodução de uma prática excludente, privilegiadora de alguns em detrimento da opressão de outros, acirradora de conflitos.

> A família tradicional apresenta-se triplamente desigual: nela, os homens têm mais valor que a mulheres, os pais, maior importância que os filhos e os heterossexuais mais direitos que os homossexuais, mas em contraposição ao modelo tradicional, propõe-se o modelo de família democrática, onde não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática o

> *slogan* revolucionário: igualdade, liberdade e solidariedade. (THOMÉ, 2010, p.19).

O que se contempla nesta questão de construção familiar, é que não há como se definir a família na contemporaneidade sem dar a devida importância às transformações sociais pelas quais esta entidade passou e ainda passa. O importante destaque deve-se ao fato de que a família deixou de ter fins meramente econômicos e patrimonialistas, abrindo espaço para a solidariedade e afetividade, e atribuindo importância ao interesse dos filhos envolvidos nesta relação.

Percebe-se ainda que a família se constrói a partir de regras que a orientam e a estruturam, e ao longo do casamento, qualquer que seja sua forma de contração, o padrão comportamental estabelecido por um núcleo familiar estende-se aos filhos e se consolida no cotidiano de seus membros, criando uma relação de dependência psicossocial e financeira que passa a integrar a base da consciência do que é ser um ente familiar. Em família, o indivíduo busca a felicidade, realizações, acolhimento e refúgio contra as pressões socioeconômicas. Neste aspecto, Thomé (2010, p.18) afirma:

> É inegável que todos os seres humanos buscam na família, qualquer que seja sua representação, um local onde possam ser livres, felizes e onde se realizem integralmente.
> A busca da felicidade é que move o ser humano a descobrir novas formas de se relacionar, promovendo o desenvolvimento de sua personalidade, e é no ambiente privado da família que o ser humano procura refúgio das pressões econômicas e sociais.
> É na família que a pessoa humana se reconhece e pode expressar seus sentimentos de solidariedade, liberdade e auxílio mútuo e quando a família não cumpre com sua função de desenvolvimento da personalidade humana e de espaço de realização afetiva, cabe ao legislador proteger aqueles integrantes que estão em situação de vulnerabilidade, rompendo com o modelo inflexível da família do Código Civil de 1916, conduzida e chefiada por meio do poder marital e do poder familiar do homem, onde a mulher e os filhos menores de idade, não tinham autonomia de vontade, nem identidades próprias, apenas cumprindo um papel pré-determinado no ambiente familiar.

Por fim, é importante ressaltar que o modelo de liberdade, de democracia, intrincado no novo cenário, embora seja um ideal humano, não significa dizer que o padrão do século passado foi extirpado da sociedade. No entanto, do texto acima, depreende-se que, mesmo sendo formada com base no afeto, quando este alicerce é de alguma forma abalado a ponto de tornar inviável a algum de seus membros o

desempenho efetivo de seu papel no contexto, e este já não se sente pertencente ao núcleo por deixar de se perceber como uma unidade, surge a crise que instala a dor na rede familiar como um todo, desencadeando o desequilíbrio relacional e emocional, que atinge o casal, podendo afetar irremediavelmente os filhos no aspecto psicossocial.

Convencionais ou não, as famílias, mesmo formadas em fundamento de afetividade, possuem conflitos diversos, a diferença é que estes são solucionados fora do judiciário. Entretanto, quando os laços sentimentais são rompidos, juntamente com o respeito, as consequências recaem sobre os membros da família, e os indivíduos prejudicados pelo rompimento relacional preferem a solução jurídica à psicológica e emocional, mascarando-as de discussões patrimoniais, como divisão de bens, pensão alimentícia, apresentando-as como se estas fossem o objeto da verdadeira disputa, quando na verdade, o que se busca, é a reparação dos sentimentos feridos, a reconquista da estima. É o que afirma Silva (2013, p. 60),

> Os conflitos externos podem ser resolvidos quando os conflitos internos são compreendidos, uma vez que o caminho da busca por si mesmo leva à compreensão dos mecanismos geradores de conflitos. Desse modo, as pessoas precisam aprender a identificar e resolver os conflitos internos para que possam aprender a alterar seu comportamento e lidar com as disputas de forma mais amadurecida e responsável.

Thomé (2010, p. 23) continua a assertiva: “[...] as relações mais íntimas são justamente as que estão mais sujeitas à eclosão de conflitos, por isso, as relações familiares são intricadas e complexas”. A união de pessoas é a realização do afeto que estas sentem umas pelas outras, livre e democraticamente, independente da maneira escolhida para realização da união; do mesmo modo, o desfazimento dos laços é consequência da crise instalada em meio às complexidades das ligações familiares, desta crise, advém a separação, a dissolução da união, tema abordado a seguir.

2.2 Desfazendo os Laços

Nota-se que na atualidade a formação da família ocorre de diversas formas, sendo o afeto a base da união, não mais havendo na lei, privilégios para qualquer que seja o tipo de constituição familiar. À medida que ocorre o desgaste na

convivência, os interesses deixam de ser comuns, aparecem as crises financeiras, afetivas; tais situações contribuem para a ruptura dos laços conjugais, acarretando sofrimento ao casal e filhos. Neste momento em que ocorrerá maior interferência do poder judiciário no direito de família, com o intento de resolver os conflitos de maneira a preservar a dignidade de cada membro do núcleo familiar.

Entretanto, a dissolução conjugal nem sempre ocorreu desta forma, pois, segundo Thomé, até que a lei do divórcio (lei 6.515/77) fosse promulgada, o casamento era indissolúvel, sendo a única forma de rompimento a morte de um dos cônjuges, sem que fosse permitida a contração de novo matrimônio. Neste caminho, prossegue a autora:

> As pessoas desquitadas, ou seja, "não quites", representavam alguém em débito com a sociedade, [...] eram tratadas de forma discriminatória, postas à margem da sociedade e das relações familiares, recaindo sobre a mulher, do ponto de vista cultural da época, maior preconceito, pois, se culpada pelo fim do matrimônio, perdia a guarda dos filhos, o direito do uso do nome do marido e a pensão alimentícia.
> Para concessão do desquite consensual era exigido o prazo mínimo de dois anos de casamento válido. (2010, p. 86)

Era comum atribuir à cônjuge a responsabilidade pelo bom andamento do casamento, como também no tocante à educação dos filhos. Por via de consequência, qualquer problema com estas áreas, a falha era atribuída à mulher, em seu desempenho do papel de mãe e esposa, fato que justificava o fim do casamento, por culpa desta. Embora algumas mudanças tenham ocorrido em meados de 1977, o fim, por meio do divórcio, ocorria conforme descrito abaixo:

> A Emenda Constitucional nº 9/77, afastando da Constituição Federal o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, introduziu a figura do divórcio no sistema jurídico brasileiro, Lei 6.515/77, dissolvendo o vínculo conjugal e propiciando um novo casamento.
> [...]
> Algumas alterações expressivas foram feitas em relação aos fundamentos da separação judicial: introduziu-se o "princípio da ruptura", como causa de pedir, prevista no artigo 5º da Lei 6.515/77, e foi concedida maior liberdade de interpretação ao operador do Direito, na medida em que adotou o legislador a técnica das cláusulas gerais para a caracterização da culpa, como a conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento, devendo, em qualquer das hipóteses, resultar na insuportabilidade da vida em comum.

> Para o divórcio, foram previstas duas modalidades: a primeira, na forma de conversão da separação judicial, artigo 25, para o que era exigido o prazo de três anos de separação de fato do casal, e a segunda, na forma direta, inicialmente para aqueles casais que completassem cinco anos de separação fática, com início anterior a 28 de julho de 1977, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 9/77, sendo que na modalidade de divórcio direto era exigido, além da comprovação do tempo de separação de fato, o depoimento de três testemunhas em audiência e a demonstração da culpa de um dos divorciandos. (THOMÉ, 2010, p. 86-87)

Nesse momento, em que se passou a admitir a dissolução do casamento, a separação judicial continuou com a discussão acerca da culpa para justificar o fim dos laços matrimoniais, uma vez que a identificação da responsabilidade seria relevante naquele contexto, para se definir questões como a prestação de alimentos, guarda dos filhos, entre outras.

> O fim da sociedade conjugal – que ocorria, num primeiro momento, pelo desquite ou anulação do casamento e, após 1977, pela separação judicial, divórcio ou anulação de casamento – não alterava em nada a titularidade do pátrio poder, salvo quanto ao direito de ter o filho em sua companhia. Quanto à guarda, a culpa do cônjuge pelo fim do casamento era fator determinante, como já mencionado. Não se podia ignorar, entretanto, a preferência materna para cuidar dos filhos, em obediência à divisão sexual do trabalho imposta na sociedade machista, e às supostas leis naturais, que propagavam a existência do "instinto materno". (TEIXEIRA, 2005, p. 25).

Outras mudanças importantes relativas à família e ao divórcio foram introduzidas no ordenamento jurídico por meio da Constituição Federal de 88 e do Código Civil de 2002. Estas normas reconheceram a união estável e a equiparou ao casamento civil, não havendo prazo mínimo para reconhecê-la, sendo necessária apenas a "comprovação dos requisitos legais de publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituição de família", ou para dissolvê-la. Já em relação ao divórcio, Thomé (2010, p. 89) expõe que,

> A Carta Política de 1988 trouxe, também, modificações em relação ao divórcio, mantendo inalterado o tratamento dispensado à separação judicial prevista na Lei 6.515/77.
> A Carta Política facilitou a obtenção do divórcio, reduzindo o prazo para a concessão no divórcio por conversão de separação judicial, de três para um ano após o trânsito em julgado da sentença e no divórcio direto, de cinco anos de separação fática do casal, para dois anos, sem o questionamento da culpa, bastando a prova da separação de fato por mais de dois anos consecutivos.

Finalmente, em 2007, foi inserida a figura do divórcio extrajudicial consensual na legislação brasileira, provavelmente, com o objetivo inicial de desafogar o judiciário, e ainda, agilizar a situação dos ex-cônjuges, que livres e consensualmente decidirem não mais dar continuidade à relação, desde que respeitados os ditames legais, como assevera Thomé (2010, p. 98),

> O divórcio consensual extrajudicial tem previsão na Lei nº 11.441/07, que acrescentou o artigo 1.124-A ao Código de Processo Civil, dispondo acerca da dissolução do vínculo conjugal por meio de escritura pública, com assistência de advogado, observação dos prazos legais para a concessão do pedido, inexistência de filhos menores de idade ou incapazes, ajuste quanto à partilha de bens, alimentos e manutenção ou retomada do nome de solteiro.
> Nesta Lei também havia a previsão para a separação judicial consensual, que agora fica suprimida em razão da Emenda Constitucional do Divórcio.
> Trata-se de um procedimento administrativo, facultado às partes, que, atendidos os requisitos estabelecidos, poderão se utilizar das serventias notariais para verem dissolvido o vínculo matrimonial, sem a necessidade da chancela do Poder Judiciário.

As transformações legais continuam:

> Em 14 de julho de 2010, foi publicado no Diário Oficial da União a Emenda Constitucional nº 66 que termina com a separação judicial e estabelece o divórcio imediato. A nova regra passa a vigorar a partir desta data, e tem o condão de afastar a dissolução da sociedade conjugal por meio da separação judicial consensual ou culposa. A nova alteração à Carta Política brasileira põe fim à exigência da separação judicial prévia ou a separação de fato por mais de dois anos para que os casais brasileiros possam obter a dissolução do vínculo matrimonial. (THOMÉ, 2010, p. 89-90)

Destes avanços legais, depreende-se uma busca pela realização da vontade do ex-casal da forma menos conflituosa possível, e, ainda assim, apesar dos progressos alcançados pelas normas brasileiras, o quesito culpa ainda se faz presente na modalidade da separação litigiosa, à medida que acusações são trocadas entre as partes e seus procuradores, com o fim de se obter alguma vantagem, seja patrimonial ou afetiva, numa discussão, na qual se almeja um ganhador e um perdedor para a disputa.

É importante destacar que este desequilíbrio causado pela separação pode afetar o comportamento das pessoas, como afirma Cezar-Ferreira (2011, p. 70)

> Numa separação, uns familiares podem reagir com mais tranquilidade, outro podem desesperar-se; um pode ficar deprimido, outro pode ficar enraivecido; uma criança pode começar a ter problemas escolares, um adolescente pode mostrar-se revoltado em circunstâncias que, aparentemente, não guardam nenhuma proximidade com a situação. O sistema de significados da família começa a ser questionado. Tudo precisará ser reorganizado.
> A separação, especialmente numa família com filhos, não é uma crise tão simples de ser superada. O sofrimento é muito grande para todos e a possibilidade de se chegar a uma solução razoável fica mais distante.

Ao considerar tais questões, Cezar-Ferreira conduz à reflexão, na condição de profissionais, sobre a importância de compreender a dinâmica familiar de cada caso, para que sejam tratados adequadamente, segundo a especificidade de cada um, e, desta forma, a "solução razoável" não seja distanciada no decorrer do processo que vai muito além de direitos e deveres dos litigantes.

Como dito anteriormente, o fim do casamento não necessariamente deve produzir os efeitos da desordem psicossocial familiar sem perspectiva de melhoria da situação de conflito. Para tanto, a família deve contar com o apoio e orientação de profissionais preparados para realizar um atendimento adequado à demanda, frente ao conflito que se apresenta.

Neste sentido, Cezar-Ferreira (2011, p. 71) afirma que:

> Alguma dor sempre é inevitável nas separações, porém a forma como o ex-casal se conduz no processo judicial e a forma como se conduzem os profissionais envolvidos no caso poderão minimizar ou maximizar eventuais prejuízos emocionais para os filhos. E, do ponto de vista do trabalho na Justiça, a consideração dessas questões pelos profissionais estabelecerá, em grande parte, o rumo que o processo tomará.

O esforço é evitar que a dor dos pais seja transferida para os filhos e assim seja desencadeada, inclusive, a alienação parental, na qual, segundo ensina Silva (2013, p. 258): "[...] um pai que antes tinha uma boa relação coma a criança, chega a ser o objeto de ódio e de degradação pela criança por causa da lavagem cerebral consciente ou inconsciente praticado pelo outro pai [...]", tudo devido à separação, que de alguma forma deságua na disputa pela guarda dos filhos.

> [...] nesses momentos, o casal se esquece dos filhos, cada um dos pais imerso em seus próprios sentimentos de raiva, dor, incertezas, mágoas e inseguranças (ou alega que faz tudo "em nome dos filhos"

> ou “por causa dos filhos”, mas cada um dos pais acaba, direta ou indiretamente, misturando seus interesses com os dos filhos, ou pior, tentando “legitimar” os interesses individuais de cada um dos pais como se fossem “dos filhos” e fazendo-os crer nisso, como acontece nas induções aos filhos para formularem acusações contra um dos pais, alicerce para a *Síndrome de Alienação Parental* - SAP), e concentra-se em suas próprias questões. Mas é justamente nesse período de separação e afastamento dos pais, que os filhos precisam mais deles, e podem encontra-los mais frágeis. Enquanto alguns casais encaram a separação como uma oportunidade para serem livres, outros podem enfrentar questões referentes à insegurança – o que pode comprometer o modo de processamento da separação e, consequentemente, a negociação das questões substantivas, bem como de novas relações e alianças para cuidar dos filhos. (SILVA, 2013, p. 63, grifo no original).

A atitude dos adultos envolvidos no processo de separação com guarda de filhos pode atingir diretamente a imagem dos pais frente à sua prole, fragilizando a relação familiar, podendo comprometer o desenvolvimento da parte mais delicada do casamento, e caracterizando a violência familiar e até a Síndrome de Alienação Parental. Neste contexto, entende Silva (2013, p. 262):

> Os problemas de abuso e de violência são predominantes nas disputas em relação às guardas de crianças. [...] Mesmo que a SAP não esteja formalmente ligada à violência conjugal ou aos casos de abuso em relação ao outro esposo, os problemas de controle, de dominação e de abusos emocionais estão presentes nos dois tipos de casos. A SAP e a lavagem cerebral de uma criança são formas de maus-tratos (Clawar & Rivlin, 1991; Gardner, 1992; Walsh & Bone, 1997) e, como tais, podem entrar no quadro das mesmas precauções de mediação que os outros casos mostrando violência e maus tratos.

O resultado dessa violência pode afetar o uso de técnicas de mediação, conforme Silva, haja vista que estes casos mais gravosos demandam a aplicação imediata do rigor da lei, de maneira a preservar os princípios que regem os direitos relativos à família, à criança e ao adolescente, tratados no capítulo seguinte.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios são o alicerce de toda ciência e funcionam como fundamentos norteadores da aplicação prática desta. Assim como as normas, alguns princípios perdem sua eficácia frente às transformações socioculturais, sendo este o entendimento de Cachapuz (2011, p. 92), ao afiançar que:

> O Direito de Família até o advento da Constituição de 1988 tinha seus princípios solidificados em nossa legislação civil, mantendo um conteúdo da família romana patriarcal, hierarquizada, onde a desigualdade entre os cônjuges prevalecia e o casamento era a única forma de constituição da família, protegida pelo Estado.
> A atual Carta Magna vem modificar a atuação dos princípios conservadores do Código Civil, trazendo uma outra direção principiológica, com novos critérios interpretativos para avaliar as relações familiares.

A exemplo desta afirmativa, temos a forma como a lei tratava o casamento, o divórcio e direitos à guarda dos filhos, excluindo da proteção estatal todos que não se adequavam ao "modelo" normativo vigente. Por outro lado, o ordenamento jurídico atual se pretende o mais acolhedor possível, proporcionando ampla cobertura às mais diversas demandas sociais.

Essas mudanças possuem alguns princípios norteadores em seu bojo. Cachapuz explica que um dos princípios revolucionários inseridos no Direito de Família foi o da ***igualdade*** entre os cônjuges, a partir do qual, a mulher e os filhos bastardos passaram a possuir direitos e deveres de igual forma, como expresso no § 5º do art. 226 da Carta Magna:

> Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A família, não apenas o homem, o filho legítimo ou o patrimônio, mas todas as pessoas pertencentes ao núcleo familiar, de forma abrangente, são protegidas pelo Estado e igualmente responsáveis pelo contexto relacional; aqui, o bem igualitariamente resguardado é o ser humano, como reforça Cachapuz (2011, p. 94):

> Tem-se a proteção do ser humano, como cidadão, devendo ser respeitado na sua dignidade, através do princípio da proteção da

> família, proteção da paternidade e maternidade, proteção da infância, com a garantia dos direitos fundamentais à criança e adolescente.

A igualdade de direito descrita acima conduz a outro princípio presente no direito familiar, este também é considerado um "marco jurídico", como relata Teixeira (2005, p. 61). A autora se refere à ***dignidade da pessoa humana*** que tem por objetivo, proporcionar ao ser humano a satisfação de suas necessidades de tal forma a promovê-lo enquanto ser social e relacional. Para Teixeira (2005, p. 65):

> [...] a dignidade é um valor e um princípio. Valor porque encerra o cerne da opção personalista da sociedade contemporânea, como já delineado. Em razão de a pessoa estar no centro do ordenamento jurídico, sua dignidade deve ser protegida e promovida, o que demanda ações negativas e positivas do Estado e da sociedade para alcançar tal intento. Juntamente com outros valores – que também foram alçados à categoria de princípios jurídicos – tais como liberdade e igualdade, formam a teia axiológica eleita pela sociedade brasileira contemporânea.
> Além disso, a dignidade é também princípio jurídico, uma vez que é o norte hermenêutico de todo o Direito, que exige a releitura de todos os institutos sob o novo olhar da pessoa humana, cujo conteúdo deve ser preenchido com os valores eleitos pela população, muitos deles jurisdicizados. Por isso, é "norma-fonte" inesgotável de direitos e garantias fundamentais.
> É, também, fundamento da República, ou seja, a República Brasileira repousa todos os seus alicerces sobre o compromisso de realização da dignidade humana.

A este princípio é concedido grande valor jus-filosófico, servindo de fundamento à Carta Magna brasileira e demais normas do ordenamento jurídico pátrio, reconhecido como "valor máximo" da legislação e da sociedade, é o que professa Teixeira (2005, p. 74),

> [...] a dignidade tem um aspecto dialógico, que se constrói a partir da reciprocidade. É sob este prisma que se considera a dignidade dos co-partícipes da relação parental: como uma construção dual, perpassada pelo respeito mútuo. Isso porque, mesmo que os pais tenham muito a ensinar aos filhos, a contribuir para a construção da sua dignidade e personalidade, esses – mesmo sem saber ou sem querer – também ensinam muito aos pais. Essa relação também se constitui uma construção em conjunto. Pode-se dizer, uma edificação familiar e afetiva, formada mediante o diálogo com o próximo.
> A análise da dignidade da pessoa humana foi sedimentada em novos pilares, os quais se acredita serem mais próprios ao novo papel da criança e do adolescente. Para melhor embasar a interpretação crítica e construtiva do poder parental, é necessário encontrar o novo "lugar" ocupado pela criança e adolescente na ordem civil-

> constitucional, bem como analisar como a dignidade humana foi para eles vertida.

Continuando a análise sobre a dignidade, Thomé (2010, p. 43) confirma que é a pessoa o próprio "fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro", portanto, sua dignidade deve ser observada ante a elaboração e aplicação das normas a ela dirigidas, principalmente no direito de família, à medida que "[...] se fundamenta na garantia que cada ser humano tem de constituir sua família sob os princípios da solidariedade, pluralidade familiar, isonomia, liberdade e autonomia de vontade." (2010, p. 43-44).

Mais uma vez percebe-se que os frutos da dignidade como fonte de inspiração para novos princípios, como é o caso da ***solidariedade*** que "[...] se manifesta no desejo de partilhar o que é nosso com o outro [...]", analisa Thomé (2010, p. 56-57), prosseguindo em sua observação:

> Somente quando o ser humano respeita o outro e contribui para o bem-estar deste é que a solidariedade se expressa. A solidariedade é oferecer ao outro o que se quer para si, transportando o próprio desejo de ser reconhecido e respeitado de forma singular para o outro não como uma concessão, mas como um direito pleno de cada um desenvolver suas potencialidades e se expressar de forma livre em sociedade.
> A dignidade da pessoa humana exige o respeito com o outro e se manifesta nos deveres de solidariedade com este e com a sociedade, pois quando o indivíduo se vê na imagem do outro é indiscutível que esse reconhecimento acarreta uma série de obrigações.

Pelo que se nota no trecho acima, a igualdade também se faz presente nesse misto de dignidade e solidariedade, uma vez que nestes princípios há a tentativa de superação do individualismo em detrimento do bem estar do outro, "no respeito recíproco, nos deveres de cooperação financeira e emocional entre os membros do grupo familiar" (THOMÉ, 2010, p. 59).

Outro princípio importante, porém, já exposto amplamente neste trabalho é o da ***pluralidade***, foi com base neste princípio que as normas de direito familiar foram expandidas para abarcar as diversas modalidades relacionais outrora excluídas do ordenamento pelo Código de 1916. Thomé (2010, p. 61) elucida que:

> O pluralismo familiar reconheceu o que já existia e que o legislador brasileiro se negava a admitir, ou seja, que as pessoas se uniam em

> vínculos afetivos formando núcleos familiares distintos do único modelo determinado pelo Código Civil de 1916.
> A família deste novo século é aberta e plural, fonte de proteção e abrigo. O modelo legislativo apresentado pelo matrimônio civil não sustentava mais a busca do indivíduo por uma família que representasse o desejo e o querer próprios de cada ser humano na caminhada para suas realizações pessoais e na busca pela felicidade.

Apesar das inovações no modelo familiar, o tipo retratado na Constituição de 1916 não deixou de existir, ou seja, a norma atual apenas foi ampliada para recepcionar uma realidade que a sociedade "fingia" não enxergar. Mais uma vez ressalta-se aqui a repetição dos princípios, utilizados conjuntamente de modo a favorecer a aplicação equânime da lei elaborada pelo homem para ele mesmo.

Os princípios se relacionam e se reproduzem, como é o caso da ***isonomia*** que nada mais é do que o "reconhecimento de que todos são iguais em direitos e deveres" (THOMÉ, 2010, p. 68) seja na sociedade ou na família, é mais um braço da dignidade e no novo modelo relacional, a isonomia concedeu espaço na norma à mulher e aos filhos,

> Os valores dominantes de uma época patrimonialista e individualista do século passado não servem mais para uma sociedade que busca o reconhecimento das diferenças e dos desejos de cada ser, que se nutre do afeto para ver reconhecidos laços familiares antes ausentes de proteção.
> Hoje, não apenas o sangue identifica uma relação jurídica parental, mas laços afetivos que compõem o querer e o desejo de cada ser humano. (THOMÉ, 2010, p. 76)

A normatização baseada num modelo único de constituição familiar não mais se encaixa na sociedade contemporânea, a qual se fundamenta nos princípios e valores constitucionais que deságuam no ***princípio da liberdade e da autonomia da vontade*** que consiste na:

> A liberdade de amar, de formar uma família revela o mais íntimo e o mais privado dos sentimentos humanos, que é a manifestação do querer, sem condição ou expectativa.
> O princípio da liberdade de cada ser humano se fundamenta numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa poder realizar, sem a interferência de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, e mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.
> Esta liberdade guarda limitações, devendo o seu exercício apresentar consonância com os objetivos, os fundamentos e os

> princípios estabelecidos pela normativa constitucional, isto é, estar em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. (THOMÉ, 2010, p. 79-80)

Alguém pode ser livre, mas não o pode ser isoladamente, sem observar a solidariedade ou perceber-se um igual. A ninguém é concedida a autonomia dissociada da dignidade, mesmo porque, a autonomia é a expressão da "vontade real ou psicológica" daqueles que se pretendem livres, respeitada a dignidade humana, conforme define Thomé (2010, p. 80).

Para concluir este capítulo, merece grande destaque o princípio do "***superior interesse da criança***" ou do "***melhor interesse da criança***", tendo em vista que, no direito de família, principalmente nas disposições sobre separação e guarda, os envolvidos devem estar cientes de que à criança também é atribuída a dignidade, sendo o seu bem estar o objetivo primeiro a ser alcançado.

Nas disputas pela guarda dos filhos menores, o Código Civil de 2002 prevê expressamente duas modalidades de guarda (art. 1583, CC/2002), a unilateral e a compartilhada, que a princípio, poderão ser escolhidas consensualmente pelos genitores (art. 1584, CC/02) e não ocorrendo o acordo, será decretada pelo juiz a que melhor atender ao interesse da criança; podendo, em sua decisão, o juiz receber orientação de equipe multiprofissional que também observará a aplicação deste princípio ante a elaboração do parecer técnico.

O que se observa nas previsões legais concernentes ao Capítulo XI – Da proteção da pessoa dos filhos –, presente no Código civilista, é a utilização de termos como "interesse dos filhos", "a bem dos filhos" e a observância dos vínculos de afetividade com o intuito de preservá-los, reforçando a presença do princípio em comento. É primordial notar que o direito de visitas não é atribuído aos pais, mas à pessoa dos filhos, a quem é dado o direito de convivência familiar; o dever dos genitores é o de prestar-lhes alimento, educação e afeto. Frequentemente, na disputa pelo "poder" sobre os menores, sob a justificativa de atender aos interesses dos infantes, as partes cometem abusos, como bem delineia Silva:

> Se ambos os genitores possuem condições de convívio com os filhos, o fato de uma das partes fazer alegações inconsequentes acerca da figura do outro com o objetivo de denegrir sua imagem perante a criança, e obrigar a criança a reproduzir esse discurso para 'legitimar' um falso "melhor interesse da criança" deve ser visto com

> reservas pelo juiz e pela equipe interdisciplinar de assessoria judiciária (psicólogos, assistentes sociais, promotores).
> Muitos conflitos e questões, tormentosos e de difícil solução, surgem em razão do exercício e/ou da regulamentação do direito de visitas. A solução por determinação legal cabe ao Judiciário, mas só o consenso das partes envolvidas pode efetivamente extinguir tais conflitos. (SANTOS apud SILVA, 2013, p. 145)

Tais situações constituem-se desafios à equipe multiprofissional a serviço do judiciário, e algumas vezes são agravadas pela atitude acirradora das disputas provenientes dos operadores do direito, que na tentativa de "garantir" a "vitória judicial" de seu cliente, esquece da existência de um interesse maior posto à prova, o dos filhos, este interesse se traduz no direito à convivência familiar, a despeito da separação; os pais desfazem os laços conjugais, mas os filhos permanecem na relação, portanto, Dolto apud Silva (2013, p. 146) pondera que:

> [...] as questões do "melhor interesse" da criança devem criar condições para que haja autonomia no futuro. A criança está em contínua dinâmica evolutiva, e por isso as decisões acerca da guarda e dos interesses devem ser remanejadas com frequência, para que a criança possa tornar-se apta a se separar de ambos os pais, tanto do genitor guardião quanto do não guardião, e assumir a responsabilidade por si mesmo, com recursos psicológicos necessários ao seu desenvolvimento.

A separação por si só já causa bastante transtorno à família. Uma forma de amenizar a dor e o sofrimento é a consideração dos princípios familiares ante a condução da disputa, tanto para as partes, como para os representantes do judiciário. Nesse aspecto, os operadores do Direito e mediadores precisam apropriar-se destes princípios com o firme fundamento de preservação da família que será continuada na pessoa dos filhos, e, no que diz respeito ao tema aqui abordado, este será o grande desafio do sistema jurisdicional e do mediador, como se expõe a seguir.

4 MEDIAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA

> [...] O que não é possível é que nos acusemos,
> Que nos apontemos, dedo em riste,
> Que nos fulminemos com o olhar,
> Esquecendo tudo o que de bom já houve...
> Cézar-Ferreira[2]

Os conflitos sociais têm sido permeados por medo e violência que frequentemente se fazem presentes no seio familiar. Estes sentimento e ação, muitas vezes, são provenientes de relações desgastadas que adquiriram nuances tensas e geraram animosidade entre o casal a ponto de a relação conflituosa refletir no cotidiano dos filhos.

A mediação, como ferramenta extrajudicial de resolução de conflitos, busca conhecer a raiz dos problemas relacionais e juntamente com as partes litigantes tentar solucioná-los. O diferencial da mediação é o olhar multiprofissional sobre o ser humano, com vistas para a transformação da maneira como as partes encaram a disputa. Nesse aspecto, Cachapuz (2011, p. 40) doutrina que "o objeto fundamental da mediação é o comportamento humano, pois a sua finalidade é a resolução dos conflitos relativos à interação do ser na sociedade", seja qual for a modalidade da disputa ou a característica das partes.

O que importa, para os institutos de resolução de contendas, é a propensão que os litigantes têm para realizar o acordo e por esta razão, quanto à natureza jurídica da mediação, Cachapuz (2011, p. 35) professa que,

> Basicamente pode-se vislumbrar a natureza jurídica da mediação como contratual, pois ela é firmada na soberania da vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato.

Entretanto, antes de abordar a mediação, tratar-se-á ainda que *en passant* as demais ferramentas extrajudiciais de solução de conflitos, dispostas a seguir.

---

[2] CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação**: uma visão psicojurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 55.

4.1 Ferramentas Extrajudiciais de Resolução de Conflitos

Cachapuz (2011) compreende que se faz mister uma transformação cultural na sociedade para que os instrumentos extrajudiciais de resolução de disputas sejam melhor compreendidos e utilizados da forma mais eficaz possível, embora estes métodos não sejam tão novos em sua aplicação, pois há relatos de terem sido utilizados em civilizações mais antigas. A autora destaca ainda a necessidade de reflexão acerca da forma como estes métodos poderão ser melhor utilizados, atendendo não apenas às demandas do judiciário, tanto na questão da celeridade processual quanto da onerosidade para o órgão público. Todavia, sem perder o foco sobre as questões emocionais e relacionais presentes nas disputas entre os litigantes que pretendem o fim do relacionamento.

No contexto hodierno, já bastante discutido neste trabalho, as reivindicações ao judiciário são cada vez mais constantes, e a sociedade busca no Estado a resposta aos anseios por justiça, paz social, seguranças jurídica, patrimonial, familiar, entre outras questões, as quais demandam do Ente Federativo um preparo para tratá-las adequadamente, desenvolvendo métodos que desafoguem o judiciário por meio da prévia resolução de conflitos, o que se torna um desafio, já que:

> [...] a nossa sociedade desenvolveu uma cultura litigiosa, dentro da qual prevalecem apenas as resoluções tomadas pela jurisdição estatal, confiando somente a ela, a capacidade jurídica e também física de resolver todos os problemas, essencialmente por desconhecer os meio alternativos de solução de conflitos à disposição, possibilitados pelo próprio Estado. (CACHAPUZ, 2011, p. 17)

O que se observa nesta cultura de contendas típica do ser humano, é que muitos litígios levados ao judiciário poderiam ser resolvidos entre as partes. Como, entretanto, não o são, e o judiciário já não mais suporta a demanda crescente, a intervenção de um terceiro devidamente preparado é premente na execução dos meios alternativos de resolução pacífica das questões conflituosas, quais sejam: mediação, arbitragem, conciliação ou negociação, evitando-se que estes embates se perpetuem e retornem ao judiciário sem que soluções sejam visualizadas.

4.1.1 Conciliando Vontades

O primeiro método a ser comentado é a conciliação. Trata-se de meio de solução de conflitos que pode ser utilizado judicial ou extrajudicialmente, “equivale à transação no direito material, em que um terceiro busca uma solução para resolver o litígio” (CACHAPUZ, 2011, p. 18) e é retratada na Constituição Federal de 1988, quando esta dissemina a justiça com fins conciliatórios, tornando a conciliação judicial obrigatória e bem regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, diz a autora. Já a conciliação extrajudicial, depende da vontade das partes para ser utilizada a qualquer tempo, e,

> [...] diferencia-se da mediação, no sentido de buscar soluções imediatas para a contenda, ignorando a busca das causas geradoras do conflito; difere também da arbitragem, pois esta dá poderes ao árbitro de trazer a solução ou sentença obrigatoriamente. (CACHAPUZ, 2011, p. 19)

Nas questões familiares, talvez a conciliação não seja tão eficaz, tendo em vista que o conciliador não busca a raiz do problema, apenas utiliza seus conhecimentos técnicos e opina na construção do acordo que será homologado pelo juiz, acordo este, que não necessariamente suprirá a real vontade das partes e com os conflitos apenas abafados, podem fazê-los ressurgir no judiciário. Na conciliação, o resolver é meramente jurídico, imediato, não se levando em consideração questões emocionais que alimentam o conflito.

> O maior problema que se pode observar é que no momento da audiência de conciliação, as partes não estão preparadas para as concessões que não lhes forem totalmente vantajosas, pois durante o conflito, não havendo um arejamento das emoções, dificilmente haverá acordo, principalmente porque os operadores do direito têm a formação própria para suas atividades e, por mais sensíveis que sejam, não possuem o conhecimento e, principalmente, o tempo necessário para ultrapassar limites de sua formação adversarial. (CACHAPUZ, 2011, p. 19-20)

O conflito não é externo e superficial, este emerge quando questões mais profundas, não devidamente tratadas, tornam impossível a comunicação entre as partes. E, desse modo, devido à dinâmica proposta na conciliação, nem sempre é

possível resgatar o entendimento das partes. Assim confirma Cézar-Ferreira (2011, p. 148),

> No âmbito extrajudicial, a conciliação costuma ser mais superficial que a mediação e, portanto, mais rápida e mais econômica. Aqui, também, o conciliador procura aproximar as partes, tendo, porém como eixo da discussão muito mais as posições do que os interesses e necessidades, uma vez que se refere a situações de ordem meramente material às quais os litigantes querem dar uma solução rápida.
> O conciliador pode orientar o acordo e oferecer sugestões e o resultado final costuma ser parcialmente satisfatório para as partes em litígio, como propõe Vezzula (2001). É por esse motivo que as conciliações operadas na Justiça de Família dissolvem o conflito jurídico, mas, com frequência, não dissolvem o relacional, razão pela qual novas ações são iniciadas entres as mesmas partes.

Infere-se do parágrafo acima que a conciliação se depara entraves na vara de família à medida que se limita a resolver questões meramente patrimoniais e de direito material. Assim, não demonstrando aptidão para as questões mais profundas que envolvem o direito de família, os vínculos e desenlaces afetivos e emocionais construídos ou desconstruídos ao longo da relação conjugal, bem como os filhos, frutos desta convivência.

4.1.2 Negociando Interesses

Outro instrumento extrajudicial de promoção do diálogo entre litigantes é a negociação, proveniente da busca por um acordo voluntário entre e pelas partes, que acompanhadas de seus representantes, satisfazem-se mutuamente. Neste modelo, não é obrigatório que ocorra o conflito, o que o diferencia dos demais tipos extrajudiciais, podendo, contudo,

> [...] ser considerado uma espécie do gênero da mediação, pois ela ocorre no seu final para efetivar o acordo, no momento em que o mediador já consegue vislumbrar que as partes estão preparadas para seu encerramento. (CACHAPUZ, 2011, p. 20)

Em reforço a esta ideia, Cézar-Ferreira (2011, p. 145) assegura que o ser humano vive em constante negociação, e é por causa dela que conflitos são evitados, “[...] as pessoas podem não perceber que estão negociando, mas a vida é a arte da convivência e ela não prescinde de negociações [...]”, é esta flexibilidade

nas disputas que permite o diálogo, e é a partir do ponto flexibilizado que o acordo se sustenta. Continuando seu discurso, a autora relata quatro elementos básicos utilizados no Projeto de Negociação de Harvard:

> 1) Os problemas devem ser separados das pessoas – não se negocia sobre as pessoas com problemas, mas se trabalha sobre o problema que elas têm.
> Essa forma de ver pressupõe que as pessoas têm aspectos emocionais que vão influenciar sua percepção e suas decisões. Nesse caso, a negociação pretende que as pessoas em litígio ataquem o problema, e não uma a outra.
> [...]
> 2) A negociação deve concentrar-se nos interesses e não nas posições.
> Fixar-se numa determinada posição obscurece os verdadeiros interesses que ela encobre. As pessoas têm interesses e necessidades humanas e é a esses que elas buscam satisfazer.
> [...]
> 3) Deve-se criar um leque de opções de solução, antes de se chegar a qualquer decisão.
> Quando se busca um acordo, é muito difícil encontrar uma única solução que seja correta. É difícil, também, decidir na presença do adversário e ser criativo na busca de uma solução. Por esse motivo, levantar uma série de opções, num exercício de *brainstorming*, ajuda as pessoas a encontrar opções que seja de interesse comum e possam trazer benefícios recíprocos.
> [...]
> 4) Deve-se estabelecer algum critério "objetivo".
> Muitas vezes os negociadores firma-se em sua posição, por teimosia, e até por ignorância da matéria, o que não lhes permite ter clareza e lucidez para pensar. Caso lhes seja mostrado que há critérios que devam ser obedecidos para satisfazerem seus interesses e para a consecução do acordo, eles poderão perceber que não estão fazendo concessões e terão mais probabilidade de chegar a um acordo justo para ambos. (CEZAR-FERREIRA, 2011, p. 145-146)

Nesta proposta, que também pode ser entendida como uma etapa final da mediação, os negociadores estão numa situação mais amigável, na qual os interesses genuínos são postos acima dos conflitos gerados pela escolha de posições passionais. É possível utilizar um negociador profissional que estará preparado para adequar o método de abordagem aos interesses a serem ajustados.

> Em situações, nas quais, após o acordo, as partes terão que manter convivência em algum nível, como é o caso dos conflitos familiares – questões relativas a separação, sucessão ou empresas de família, por exemplo -, a negociação deverá poder propiciar uma transformação nas relações, a fim de que as pessoas passem a perceber-se na nova condição relacional e não na que foi objeto das

> dissidências. Nesses casos, a técnica adequada é a chamada cooperativa-transformativa.
> Um pressuposto básico da negociação cooperativa é que não se fala para pessoas, mas com pessoas. A *capacidade de escuta* é outro elemento essencial, portanto deve-se escutar, atentamente, o que o outro está dizendo e pedir esclarecimentos, sempre que houver dúvidas. É bom lembrar que é próprio do ser humano supor que ele já sabe o que o outro vai dizer e interrompê-lo antes que acabe de expor seu pensamento. (CEZAR-FERREIRA, 2011, p. 147)

O fundamento da negociação é a comunicação plena, livre de ruídos que lhe prejudiquem o entendimento. Este método e suas técnicas podem ser aproveitados na conciliação e na mediação, *verbi gratia*, esta última, por ser objeto deste estudo monográfico, será tratada em capítulo distinto.

4.1.3 Direitos Arbitrados

Regulada pela lei 9.307/96, a arbitragem também é uma forma extrajudicial de resolução de conflitos no âmbito do direito patrimonial; o árbitro é o terceiro imparcial, escolhido pelas partes, com vistas a por fim à lide; possui poder de proferir sentença com força de título executivo e de coisa julgada, segundo Cachapuz (2011, p. 20). Todavia, seu papel limita-se a dizer o direito, vez que a execução é privativa do Estado.

Embora devidamente regulamentada, a constitucionalidade de alguns aspectos da lei de arbitragem têm sido questionados no Supremo Tribunal Federal, não havendo posição definitiva acerca destas indagações. Além disso, pelo que se propõe a arbitragem, esta dificilmente atenderá às demandas familiares, vez que não privilegia a comunicação entre as partes e limita-se a decidir com base no direito que lhes convém.

4.2 Mediando Famílias

Fazendo um apanhado histórico acerca da mediação, Cachapuz registra que este instituto, apesar de bastante antigo e já utilizado na Grécia, no Egito, na China, entre outros países, foi nos Estados Unidos que obteve força para desenvolver-se. Nos tribunais estadunidenses, quando os casos de divórcio, necessariamente, passavam pela mediação antes de chegarem ao judiciário e esta ação tinha por

objetivo, “salvar a família”, entretanto, os relacionamentos familiares não eram a única questão a ser levada aos mediadores.

> Dois terços dos Estados americanos encaminham os separandos para a mediação, obtendo um número elevado de acordos. Os serviços foram criados em diversos Estados, a partir da iniciativa da Califórnia, no começo da década de 70. Alguns programas tiveram o seu início pelo interesse dos magistrados das varas de família, pela observância dos reflexos dos processos de separação e divórcio. A mediação é fornecida gratuitamente às partes, e são financiadas por impostos locais ou taxas que incidem sobre casamento e ações de divórcio.
> Nos países da Europa e da América do Norte como já dito, a mediação é empregada há mais de cinquenta anos, sendo o meio mais utilizado para a resolução de conflitos. (CACHAPUZ, 2011, p. 25)

Conforme Melo e Batista ([s.d], [n.p]), o Brasil ainda não fundamentou legalmente a mediação como ocorre em outros países, dizem as autoras,

> Não há no Brasil – como há em outros países, a exemplo de Portugal, Argentina, Canadá e Estados Unidos – uma legislação que regulamente as práticas cobertas pela denominação *mediação de conflitos*, nem tampouco uma profissionalização de mediadores. Do mesmo modo, as definições do que sejam mediação judicial e mediação extrajudicial parecem estar mais delimitadas pelas instituições que aplicam seus princípios. Assim sendo, a mediação judicial está associada aos princípios colocados em prática no interior das instituições judiciais, ou seja, quando partes em conflito são encaminhadas por um juiz para sessões de mediação, no contexto do processo judicial; e, por oposição, a mediação extrajudicial está ligada ao que ocorre fora dos muros dessas instituições e dos processos judiciais propriamente ditos.

Reforçando esta ideia, Toaldo e Oliveira ([s.d], [n.p]) apresentam que, na atualidade,

> [...] a Mediação já é admitida nas legislações de diversos países da Europa e mesmo pelos Estados Unidos, utilizada para resolver e simplificar a demora da justiça. Sua prática nada mais é do que uma maneira consensual, com a intervenção de um terceiro, o mediador, uma pessoa imparcial, neutra, utilizada para facilitar o dialogo e a negociação entre as partes envolvidas, fazendo com que elas consigam enxergar os pontos de desavenças e desejos de cada um, nascendo do dialogo das partes uma solução para satisfazer a ambos os interesses, busca assim satisfazer a todos e contribuirá para relações que venham se estabelecer futuramente, preservar a relação entre a família.

Esta técnica é uma forma de tentar resolver os conflitos de maneira consensual, complementa Souza ([s.d], [n.p]), afirmando que a mediação

> [...] foi desenvolvida na segunda metade do século XX, nos Estados Unidos. No Brasil, a partir da década de noventa, surgiram entidades voltadas para a prática e sistematização da teoria da mediação, que passou também a ser estudada em algumas instituições de ensino superior.

Vários outros países se utilizam da mediação como meio de solução de litígios, inclusive, fazendo uma reflexão no que tange às afirmativas das autoras supracitadas. Cachapuz afirma que no Brasil há indícios de utilização da mediação já no século XVII; apesar destas evidências, o instituto ainda não é previsto no país, embora seus princípios se façam presentes no ordenamento jurídico pátrio, como afirma a autora:

> É importante salientar que a Carta Magna prevê, em seu preâmbulo, a solução pacífica de controvérsias e não há como negar que se vivencia uma nova era do direito à luz da Constituição Federal, onde as estruturas normativas passam a ser revistas, sob sua ótica.
> Também no art. 226, § 8º da Constituição Federal, pode-se observar que o Estado mantém um compromisso de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, e a mediação, uma vez bem utilizada e conhecida pela sociedade, facilitará a harmonização na família, pois o desenrolar do processo no Judiciário poderá ocasionar danos ainda maiores, motivados por sentimentos de injustiça, ódio, vingança [...] (CACHAPUZ, 2011, p. 28).

Todos estes sentimentos acabam por "travar" a comunicação entre o ex-casal, e quando o diálogo pacífico não é mais utilizado para resolver as diferenças, aflora a violência, que, de acordo, com Muszkat apud Silva (2013, p. 66-67), é:

> [...] entendida como toda e qualquer forma de constrangimento, subordinação e coerção, mantendo uma relação vertical de abuso de poder e cristalização de desempenho de papéis. Porém, nem sempre se caracteriza pela agressão física brutal ou pelo assassinato. É quase impossível avaliar, no relacionamento a dois, as diferentes formas de violência. Então, incluem-se nessa categoria também o mexerico desmoralizante, a observação irônica e a tortura verbal (que constituem a vitimização psicológica) como variantes desse amplo espectro de atitudes adversariais. Assim, homens são violentos com suas mulheres e elas podem ou não revidar essa violência, mães utilizam-se da violência para "educar" (?) seus filhos, irmãos se agridem entre si ou tornam-se tirânicos contra seus pais.

É neste contexto de violência intrafamiliar[3] que dilaceradas, as partes se apresentam ao judiciário, e muitas vezes esta falta de diálogo é agravada pela ausência de sensibilidade e de preparo dos profissionais, escolhidos ou não, que irão intermediar o processo de separação e guarda. Nesse sentido,

> [...] a Mediação Familiar enfrenta desafios especiais. Em algumas situações, a família apresenta-se carente de todos os recursos, não apenas materiais, mas também culturais e sociais. Essa carência traz situações de estereótipos e cristalização de papéis de dominação (figura do dominador e do dominado), que dificultam o trabalho do mediador. (SILVA, 2013, p. 68)

Dando continuidade aos desafios enfrentados pelo mediador, chamamos a atenção para crianças e adolescentes, por vezes desorientados ante a inconstância daqueles que deveriam ser-lhes o porto seguro. Além disso, a culpa se instala na imaginação infantil, gerando muitos outros problemas. São estas questões que devem ser observadas e compreendidas pelo mediador na busca pela identificação do papel que cada um desempenha na relação familiar, suas dificuldades e fragilidades. Destarte, incentivar o diálogo consciente, como forma de alcançar o real objetivo da mediação. É o que afirma Cezar-Ferreira apud Silva (2013, p. 72),

> O mediador familiar deve estar atento a essas questões, para auxiliar os pais (ex-casal) a restabelecer o diálogo, reestruturar os projetos de vida e reorganizar a forma de condução de criação dos filhos. É importante considerar que da mesma forma que uma sentença judicial impositiva, um acordo advindo de uma Mediação que não respeite seus princípios básicos e não considere a "escuta" psicoafetiva daquela família, acarretará o retorno a questões não resolvidas, através de novas demandas judiciais.

Outrossim, é preciso compreender a mediação, não como ação prioritária para desafogar o judiciário, conquanto não seja possível ignorar a necessidade de celeridade na solução das lides processuais. No entanto, de nada adianta acelerar o resultado de uma ação se ela retornará às mãos do sistema ainda mais complexa; ideia reforçada pelo pensamento de Cezar-Ferreira apud Silva (2013, p. 81):

---

[3] - Violência intrafamiliar não é o mesmo que violência doméstica, a primeira, pode ser desenvolvida por qualquer membro do núcleo família, contra todos; enquanto que a doméstica, caracteriza-se pela violência do homem contra a mulher, diferencia Silva (2013, p. 67-68).

> [...] é preciso que as questões psicoafetiva tenham sido adequadamente elaboradas no processo de Mediação, para que o diálogo entre as partes chegue a um acordo, pois do contrário poderão surgir questões pendentes, na forma de novas demandas judiciais. Da mesma forma, a imposição mediante sentença judicial não extinguiria o conflito se não houver abordagem adequada das questões afetivas, para não serem reapresentadas na forma de novos processos ou desarquivamento dos anteriores.

Para que a escuta e a transformação do diálogo das partes ocorram positivamente, isto é, resolvendo a contenda em seu cerne, é preciso que haja o amadurecimento da sociedade e dos sistemas que lidam com controvérsias, sejam elas familiares ou não. É preciso "dizer" o direito e aplicá-lo, porém, no que diz respeito a questões relacionais que necessitam de continuidade, é necessário ir além de vencedores e perdedores. Isso se deve ao fato de que nessas disputas, embora não consigam compreender, as partes buscam mais do que uma vitória judicial, e é este "algo mais" que se espera da mediação, razão pela qual precisamos compreendê-la melhor, como ensina Silva (2013, p. 86),

> [...] nos conflitos de família, o "acordo" imediato pode não ser a melhor solução, na medida em que pode ser imposto, não é espontâneo e muito menos elaborado e refletido, e faz com que questões consideradas "resolvidas" pela tal "conciliação" voltem a ser apresentadas na forma de novas ações judiciais, porque não foram devidamente trabalhadas (ex.: "acordos" forçados acerca da pensão alimentícia ou das visitas tornam-se novamente objetos de divergências entre as partes); enquanto que na Mediação, o mediador não busca, necessariamente, o "acordo", e sim o *diálogo* – o acordo, se surgir, é decorrência do diálogo amadurecido e consciente das partes.

O que se observa é que a mediação tem por objetivo a melhoria das relações humanas, levando em consideração os aspectos comuns e os específicos de cada um, para que desta forma possa redirecionar o diálogo rumo ao entendimento das partes, fazendo-as superar as dificuldades em razão do bem estar dos filhos menores.

> O aumento da taxa dos divórcios nos últimos vinte anos, como as principais reformas judiciárias desde os anos 1970, levou a mudanças significativas na maneira com que os tribunais conduzem os processos de direito de família. As leis sobre o divórcio e a guarda foram amplamente revisadas em alguns países, e soluções alternativas à justiça emergiram e ganharam em importância. A mediação tornou-se uma opção popular e, em muitos estados, a

> mediação é obrigatória para os casais que se divorciam. Porém, ainda no Brasil, existe um movimento de resistência à ideia de se implantar a Mediação familiar como recurso obrigatório extrajudicial para a resolução de conflitos conjugais. Há um projeto de lei, ainda em trâmite no Congresso Nacional, para regulamentação da profissão de mediador no Brasil; porém, há influências de entidades representativas (especialmente Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), para que o mediador seja exclusivamente um profissional da área de Direito ou com formação jurídica – sendo que, na prática há necessidade de que o mediador tenha também conhecimentos de Psicologia/Psicanálise ou habilidades que complementem o conhecimento jurídico. Inclusive, seria interessante que a mediação pudesse se interdisciplinar, ou seja, com a presença de mais de um mediador, cada um de uma área diferente (um jurídico e um psicológico, por exemplo), que facilitassem a comunicação entre os cônjuges em conflito. (SILVA, 2013, 257-258)

A autora faz referência ao Projeto de Lei nº 4.827/98[4] que versa sobre a mediação de conflitos, definindo o que seria o instituto, podendo este ser judicial ou extrajudicial, a realizar-se por operadores do direito ou pessoas com aptidão para lidar com conflitos. Esta proposta busca regulamentar e institucionalizar a mediação como expediente "preventivo e consensual" na solução de contendas não apenas familiares, mas, amplamente utilizado nesta área, no entanto, depara-se com entraves jurídicos em sua aprovação, até por não conter maiores delimitações de sua aplicação.

Além de regulamentar a mediação, o referido projeto propõe questões relativas ao mediador, atribuindo-lhe significativa responsabilidade no que diz respeito à sua forma de proceder profissionalmente, utilizando-se de imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo. Destaca-se aqui a importância da interdisciplinaridade no âmbito da mediação, já que o Direito, sozinho, encontra limitações para resolver conflitos de ordem subjetiva, e necessita do conhecimento das demais áreas que se possam ultrapassar as restrições da mera aplicação da lei.

Ainda de acordo com Toaldo e Oliveira ([s.d], [n.p]),

---

[4] - Projeto de autoria da Deputada Federal pelo PSDB/SP, Zulaiê Cobra Ribeiro, apresentado em 10 de novembro de 1998, teve como última ação legislativa na Câmara a aprovação do parecer em 19 de junho de 2013, e no Senado, houve a elaboração do Projeto de Lei do Senado nº 517 de 2011, que teve a última atividade registrada no órgão legislativo dia 18 de dezembro de 2013, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Informações disponíveis nos sites: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158; http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/11/projeto-que-disciplina-a-mediacao-judicial-e-extra judicial-e-aprovado-pela-ccj e http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791. Sites consultados em: 01.maio.2014. Dispostos no Anexo A e B.

> Um dos pontos mais importantes dessa Resolução consiste na atualização do acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e sim como acesso à ordem jurídica justa, como também direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade inclusive com a utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação.

Destarte, enquanto projetos de lei relativos à mediação não são aprovados no Congresso Nacional, é preciso que os profissionais do direito, diretamente ligados aos conflitos familiares, busquem atualizar-se nas técnicas de soluções de controvérsias relativas à questão aqui tratada. E, desse modo, preservem a continuidade das relações que se perpetuam na figura dos filhos, doutra forma, só haverá a solução legal promovida pelo Judiciário, sendo este um caminho pontual que poderá acarretar outras contendas, fazendo com que os processos nunca findem, ou se findarem, sem que uma solução razoável seja atingida, os embates poderão provocar prejuízos de difícil reparação à formação das crianças e adolescentes envolvidos na disputa do ex-casal.

Notando sob outra perspectiva, observa-se que a mediação pode e será usada como uma forma de restauração da vida social e de controle dos conflitos, atualmente exercidos por intermédio de um terceiro independente da relação conflituosa, mas que poderá ter seu exercício ampliado à interprofissionalidade. É o que afirma Toaldo e Oliveira ([s.d], [n.p]), ensinando que a mediação deve ser dirigida em busca de

> [...] uma alternativa viável para a superação de conflitos familiares na sociedade atual, pois através de mediadores capacitados e com conhecimentos específicos, fazendo com que as partes cheguem a uma melhor solução, que possa satisfazer a ambos, sem a imposição de uma decisão, como ocorre no atual sistema jurídico brasileiro.

Em suma, a proposta apresentada prima pela “disseminação da cultura de pacificação”, e nesse sentido recebe o apoio do Conselho Nacional de Justiça aos Tribunais para organizar serviços que tratem os conflitos de forma adequada. Outrossim, com vistas à cooperação com órgãos públicos e instituições de ensino, tanto públicas quanto privadas, a fim de que se criem disciplinas vinculadas à cultura da solução pacífica dos conflitos de interesses, conforme instrui Silva (2013, p. 84),

> [...] O CNJ estabelece parcerias com o Conselho Federal de Psicologia (CFP), com a Associação Brasileira de Ensino da Psicologia (ABESPSI) e da Associação Brasileira de Psicologia Jurídica (ABPJ), para identificar e inseri-los no Projeto de Lei da Mediação (ainda em tramitação do Congresso Nacional), qualificando-os através de atividades de conciliação e mediação, produzindo referências técnicas acerca da atividade no campo jurídico, além de fortalecer os estágios e trabalhos que favoreçam a formação dos profissionais (dentre eles, psicólogos) dedicados à atividades judiciais.

No que se refere ao Direito Privado, a mediação familiar interdisciplinar deve ser objeto de ponderação acerca da necessidade, ou não, de lei para delinear o instituto, bem como implementá-lo para a conquista da cidadania. Desse modo, o tempo decorrido em busca da lei, ressalta-se como importante, haja vista que contribuiu para o amadurecimento da ideia, norteando-a para o adequado espaço da mediação no ordenamento jurídico.

A sociologia destaca, acerca da mediação judicial, que esta se compromete com a celeridade processual e consequente diminuição dos processos no órgão judiciário, e apesar de não haver somente uma definição do que seja mediação de conflitos. Segundo Melo e Baptista ([s.d], [n.p]) "[...] no que se refere aos princípios de atuação, enquanto a mediação supõe a discussão entre as partes conduzida por um *tertius* imparcial, não comprometido de nenhuma forma com um determinado resultado do conflito [...]", assim como a conciliação, que tem por finalidade por fim à lide sem se comprometer com o resultado final a longo prazo, o que não deve ocorrer com relação à mediação extrajudicial, a qual deve estar preparada para dirimir as questões com o objetivo de alçar voos mais altos.

Portanto, o ponto principal a ser discutido nesta monografia é a reflexão acerca de como o Estado tem viabilizado a administração de conflitos por meio de instituições especializadas, e ainda, como o Operador do Direito pode fazer uso destas instituições, de maneira a construir uma ligação positiva entre o ordenamento jurídico brasileiro, os tribunais e a sociedade, e com isso, despertar a consciência pelo diálogo, antes de se instalar a lide, como se discute a seguir.

4.2.1 A Figura do Mediador

Como a mediação ainda é incipiente no Brasil, é preciso observar os pontos éticos e subjetivos da atuação dos profissionais envolvidos nesta prática, com o fim

de subsidiar a aplicação dos critérios objetivos da futura lei de mediação. Inicialmente, tanto a sensibilidade como o bom senso, fazem-se necessários como aptidões para escolha do caso a ser mediado e a que profissional/equipe, previamente preparado (a) será destinado, tudo numa estrutura institucional estrategicamente preparada para favorecer a mediação.

Durante o processo, deverão ser seguidas algumas etapas, tal como afirma Silva (2013, p. 50); isto é, a "desconstrução do conflito" que consiste em analisá-lo criteriosamente para identificar a real necessidade das partes, promovendo a comunicação destas e a reconstrução do respeito entre o ex-casal. Findas estas etapas, passa-se para a negociação do acordo por meio do diálogo flexibilizado; havendo o acordo, será avaliada a parte jurídico-legal para finalmente, o acordo ser reduzido a termo e anexado ao processo. Silva (2013, p. 52) alerta que:

> A ausência de legislação específica em vigor para regulamentar o processo de Mediação e a atuação do mediador tornam-se os maiores entraves à sua implantação e estruturação adequada. Foi imprescindível, portanto, uma participação mais ativa das entidades representativas profissionais, em especial o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Psicologia [...] e a Ordem dos Advogados do Brasil, para que auxiliassem o Congresso Nacional e os legisladores a formular os dispositivos legais que efetivamente contribuíssem para a aplicação eficaz da Mediação [...]

Não obstante o PLS 517 tenha sido aprovado em dezembro de 2013, é necessário agilizar o processo e, assim, regulamentar o exercício da mediação, tendo em vista que o atraso só prorroga o sofrimento e o desgaste físico e emocional das partes, e no caso das disputas familiares, a situação é agravada pela vulnerabilidade dos filhos menores.

Silva alerta ainda para algumas características que devem ser observadas pelo profissional envolvido na mediação. A ***neutralidade*** é a primeira característica abordada pela autora, muito embora, este ideal não seja tão fácil de ser alcançado, uma vez que o ser humano é um misto de experiências e emoções, podendo o mediador, por mais técnico que ele seja, deixar que sua história de vida influencie no processo, e por esta razão, afirma a autora, "[...] a neutralidade é um ideal a ser buscado, mas acreditar cegamente nela é correr um risco ainda maior do que perceber os envolvimento e operar uma discriminação. (SILVA, 2013, p.53).

Cachapuz (2011, p. 38-39) destaca outros atributos a serem adquiridos e utilizados pelo mediados, e os trata como princípios éticos, são eles:

> [...] O mediador só deve aceitar o compromisso de mediar, se entender que possui capacitação suficiente que lhe permita levar as partes a um acordo promissor.
> A ***aptidão*** do mediador deve ser avaliada no momento em que ele realiza as etapas do conhecimento, e é verificado que realmente é capaz de exercer sua função.
> [...]
> Os envolvidos em um processo de mediação, tanto as pares, como o mediador, assistentes e advogados, ficam proibidos de divulgar qualquer ocorrência advinda no desenlace do conflito, inclusive, os seus testemunhos são proibidos em qualquer juízo.
> O ***sigilo*** propiciado na mediação poderá despertar maior interesse, no sentido de proteção da exposição do problema, possibilitando a sua transformação, sem que ninguém fique sabendo.
> [...]
> A ***credibilidade*** deve ser solidificada na mediação, construindo e conquistando a confiança dos mediandos, pois, no momento em que o mediador não se fizer aceito, ou melhor, não levar a sério sua atuação, proporcionará o descrédito.
> É relevante o entendimento de que a escolha do mediador é personalíssima, somente podendo ser mudada de acordo com a vontade das partes e por motivo adequado; por isso a necessidade de o compromisso firmado seguir até o seu final.
> [...]
> A ***diligência*** deve ser bastante observada para a verificação da regularidade, assegurando a qualidade do processo e mantendo-o sempre em andamento na tentativa de não alongar em demasia o seu final.
> Deve ser dada toda ênfase na rapidez e qualidade do serviço, porém sem impor prazo para o seu término, pois, com isso poderia descaracterizar a mediação ao força-la a uma solução. (sem grifo no original).

Prosseguindo a lista de características necessárias ao profissional envolvido na mediação, Silva ressalta a ***empatia*** no momento da "escuta ativa". Afirma a autora que a compreensão deve substituir o julgamento e a relação de poder entre mediador e as partes e que deve ser igualitária, preservando a horizontalidade, o que certamente facilitará o trabalho técnico, à medida que cada um participa do processo em prol da finalização da contenda por meio da satisfação dos objetivos da família. Sangalli apud Silva (2013, p. 54) assevera que:

> [...] a mediação é método de abordagem que necessita conhecimentos específicos. A existência de uma equipe auxiliar é muito importante para o encaminhamento e, por vezes, garante o êxito da mediação, especialmente no âmbito do Direito de Família.

> Psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, administradores, advogados e economistas, são alguns profissionais que devem integrar a equipe, pois o mediador no seu papel, não deve desempenhar outra função que não esta. Do contrário, haveria dificuldade de estabelecer papéis e funções, podendo assim ameaçar a neutralidade e a própria mediação.

É desafiador concentrar vários saberes em apenas um profissional, daí surge a importância da equipe que lhe dê suporte. Seja qual for a formação de origem do mediador, ele precisará de conhecimentos de direito, de psicologia, de serviço social, de relações humanas, entre outros, de tal forma que ele possa "[...] identificar os processos inconscientes dos mediandos (diferenciar os individuais dos relacionais, e dentre estes: os conjugais e os parentais no contexto familiar [...]", diz Nazareth apud Silva (2013, p. 54), trabalhando a ansiedade daqueles que se encontram em meio à turbulência emocional.

A circunstância criada por um divórcio não é das mais confortáveis, para não dizer, crítica, logo, não é bom que esta situação seja aguçada por profissionais despreparados que busquem o acordo como objetivo primeiro da mediação, ou pior, busque ser o "vencedor" na lide. O papel do mediador, qualquer que seja sua formação, não é posicionar-se como detentor do conhecimento, vez que cada caso a ele apresentado é um novo saber; dominar a técnica da mediação não lhe concede a noção aprofundada acerca do ser humano e suas complexidades, nem mesmo a respeito de si. Acerca disso, Battaglia apud Silva (2013, p. 55) complementa:

> Para exercer o verdadeiro papel de mediador [...], é necessária uma disposição para entrar no mundo do outro, a partir do referencial do outro, e percebê-lo como se fosse o seu próprio. Quanto mais ocorre tal compreensão, mais as tensões distendem-se, surgem novas percepções e a comunicação vai se tornando paulatinamente possível. Além disso, as atitudes de valorização, respeito e consideração do outro facilitam o sentimento de reconhecimento, fomentando a autoestima e conduzindo a uma posição mais responsável, transparente e receptiva entre as partes.

O exercício da mediação é também um processo de autoconhecimento à medida que o profissional deva adentrar no universo dos mediandos e por vezes se confrontar com os próprios entraves, não obstante o técnico precise superar-se todos os dias, "[...] abstendo-se de julgamentos, críticas e opiniões, como um elemento capaz de despertar o desejo de transformação e a coragem de negociar

[...]" (MUSZKAT apud SILVA, 2013, p.55), mantendo sua imparcialidade. Cezar-Ferreira apud Silva (2013, p. 57) prossegue assegurando que:

> [...] o mediador precisa atuar em conflitos relacionais familiares, porque após a separação o casal precisa continuar tendo um bom relacionamento enquanto pais – e a função parental transcende a quaisquer outras questões, como as financeiras, por exemplo, que envolvem mais do que aspectos materiais: envolvem crenças, valores, mitos, histórias da família, ângulos de visão e perspectivas de vida (planejar ou viver o dia a dia sem planejamento). Então, quando o casal traz questões de pensão aos filhos, o mediador deve estar atento para entender os motivos que mantêm os pais em suas posições e como ajuda-los a sair do impasse para a decisão.

Para realizar a escuta ativa adequadamente, o profissional receberá os separandos com a mente aberta, aceitando-os em suas limitações e lidando com elas da melhor forma possível. É provável que as situações mais diversas surjam diante do mediador, tendo em vista que indivíduos aprendem a se comunicar ao longo de sua história pessoal, desenvolvendo hábitos e valores conflitantes com os do mediador e entre o próprio casal, razão que possivelmente pode ter ocasionado a separação e não pode, nem deve ser o motivo do fracasso da mediação.

Esta situação já chega ainda pior ao mediador ou diretamente ao judiciário quando o operador do Direito, numa prática repreensível, ao representar o direito de seus clientes, fere o disposto no inciso VI, parágrafo único do art. 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, que dispõe como dever do advogado promover a conciliação, evitando, "sempre que possível", o litígio,

> Os advogados são úteis para trazer às partes seus conhecimentos legais e as relativas vantagens dos acordos, dentro ou fora dos tribunais, apresentando jurisprudências e possibilidades, sem especulação. Pela sua formação jurídica, ajudam as partes na construção de normas que se possam aplicar ao caso.
> Não há como negar, no entanto, que advogados mediadores encontram dificuldades para lidar com as questões emocionais dos clientes, especialmente devido à sua vocação polêmica.
> [...]
> O advogado deve reformular sua visão adversarial que o faz ignorar o discurso inconsciente, que advém dos conflitos relacionais, pois ele é o agente indispensável à administração da justiça, razão pela qual deve compreender o desafio da mudança, no sentido de atribuir às ciências jurídicas um novo modo de ser, facultando às partes a possibilidade de diálogo e obtenção de acordo adequado e satisfatório a ambas. (CACHAPUZ, 2011, p. 63)

Todavia, observa-se que alguns profissionais parecem não apreender este dispositivo, e expõem aos seus clientes uma postura combativa a qualquer custo, e sob a justificativa de “buscar o direito” almejam a vitória judicial. Em sua análise, Silva (2013, p.198) leciona que:

> [...] é desaconselhável que o advogado, enquanto profissional da administração da Justiça, incentive o litígio entre os pais pela disputa da guarda e outras questões referentes aos filhos, o que caracterizaria lide temerária. Infelizmente, essa tem sido uma prática comum entre os operadores do Direito, ao patrocinarem interesses particulares, de cunho duvidoso, apenas por aspectos financeiros ou de carreira.

Não é possível que a evolução humana não leve o indivíduo à reflexão acerca da cultura da paz, da importância da família e da valorização do outro.

> É importante que haja mudanças na mentalidade de que a “vitória” judicial traz benefícios para o cliente; isso só aumenta a dicotomia maniqueísta que caracteriza a lentidão, burocracia e ineficiência do Judiciário. A postura inadequada dos advogados no fomento ao litígio, além de ser uma violação à legislação ético-profissional [...], retira das partes a responsabilidade e autonomia das ações e entrava o desenvolvimento individual. Não há vencidos ou vencedores: o litígio judicial só traz destruição, derrota, insatisfação. A implantação da Mediação resgata a conscientização e a responsabilidade, mesmo diante das questões mais difíceis. (SILVA, 2013, p.82)

É esta consciência de que não há benefícios numa disputa familiar que precisa ser disseminada em sociedade, a separação dos pais não precisa ser mais sofrida do que já o é para o casal e principalmente para uma criança ou um adolescente. O amadurecimento social que torna o adulto responsável por seus atos, leva os separandos envolvidos numa disputa a primarem pelo bem-estar dos filhos, e o advogado deve agir como um facilitador desta comunicação saudável, pondo em prática, no atendimento ao cliente, conhecimentos de mediação, para que ao chegar ao judiciário ou ao próprio mediador, o objetivo das partes seja alcançado de forma plena e o melhor interesse da criança preservado.

5 CONCLUSÃO

Os conflitos familiares estão cada vez mais presentes no judiciário, todavia, eles já existem no plano afetivo, psicológico e relacional, provenientes dos desgastes da convivência entre os casais, levando-os ao rompimento do matrimônio, e consequentemente conduzidos ao âmbito jurídico. Nesse sentido, deve-se ponderar sempre a necessidade de manter a cordialidade como forma de promoção do melhor interesse das crianças e adolescentes, frutos destas relações.

Estes conflitos geram questões que demandam conhecimentos técnicos em sua condução, sendo que alguns não possibilitam a realização de acordo e exigem a intervenção do Estado para resolvê-los. Há outros, por sua vez, de difícil resolução, em virtude de um dos membros da relação não pretender por termo à problemática, e há ainda os conflitos nos quais as relações, necessariamente, precisam de continuidade, como é o exemplo das relações familiares que perduram devido à existência de filhos.

Por esta razão é importante identificar e separar os interesses patrimoniais das questões psicoafetivas relativas ao casal, para que se possa inibir a utilização dos bens ou dos filhos como forma de atingirem-se mutuamente durante o prosseguimento dos processos de divórcio e guarda, nos quais, as disputas se evidenciam, e percebem-se traços de desforra frente aos ressentimentos provenientes do fim do casamento.

O exercício da mediação é uma ferramenta importante para apaziguar os ânimos do casal, partindo-se da promoção da comunicação já prejudicada na relação posta a termo. Se esta iniciativa ocorrer por meio dos advogados das partes, que precisarão escutar e orientar tecnicamente, atuando como ponte entre o ex-casal, tanto melhor. Esta escuta adequada certamente se constitui um desafio ao exercício do Direito de Família, cuja base formada pelas relações de parentesco encontra-se abalada e, em nome dos filhos, precisa ser restabelecido, como forma de promoção do bem social, vez que a família é o fundamento da sociedade. Além disso, tal prática, objetivamente falando, poderá desafogar as prateleiras de judiciário, vez que muitos processos de divórcio e de guarda arrastam-se ao longo dos anos pela falta de acordo entre as partes.

Para que a escuta ocorra com resultados satisfatórios, é preciso que os profissionais com formação em Direito busquem conhecimentos interdisciplinares

nas áreas de Psicologia, Sociologia, Serviço Social, dentre outras, para que dessa forma os reais objetivos do Direito Familiar sejam alcançados. Ademais, é preciso que eles estejam dispostos a trabalhar interprofissionalmente, reconhecendo o limite de cada profissional e aproveitando a especificidade do conhecimento de cada área de formação científica. Entretanto, de maneira geral, isto ainda não ocorre de modo adequado:

> [...] alguns profissionais podem tomar atitudes que, na defesa de seus clientes, negligenciam o genuíno interesse das pessoas envolvidas e terceiros (por exemplo, os filhos menores em um litígio familiar) com menor tempo e custos, e preferencialmente que haja uma decisão proferida pela autoridade judiciária. Mantêm uma postura de "ganhador – perdedor", mas na verdade só há perdedores, dado o desgaste emocional e financeiro de todos. (SILVA, 2013, p. 82)

É a partir do momento em que o casal decide procurar o judiciário, como meio de dirimir estas questões, que o operador do direito deve estar preparado para exercer técnicas da Mediação Familiar. Deve-se ter em consideração que em questões relacionais, não se trata de ganhar ou perder, pois nestes casos, ninguém sai vencedor, e os maiores perdedores são os filhos, os quais precisarão enfrentar como nova realidade, a separação daqueles que lhe são caros, mas, este novo contexto vivenciado não precisa, necessariamente, ser traumático.

A mediação não tem por objetivo final a imposição do acordo, este será resultado do resgate da imagem positiva do ex-casal, será consequência do diálogo respeitoso, que levará as partes a adotar uma postura mais amadurecida e menos individualista frente à situação de conflito que se apresenta. Por esta razão, é preciso adotar alguns cuidados quando da implantação desta ferramenta e preparo dos profissionais, pois a mediação, por suas características aqui já estudadas, não pode e não deve ser atribuída privativamente a um só profissional, tendo em vista que a técnica demanda conhecimentos múltiplos, dada a complexidade das relações familiares.

Além disso, enquanto que a mediação e a conciliação definidas em lei funcionariam como opção, visando a resolver um encargo do judiciário; a mediação, como instrumento na administração de conflitos, deve nos remeter ao problema do ser humano, das relações familiares, fora do âmbito processual, encaminhando as partes a um consenso. Dessa maneira, é preciso considerar os sentimentos e

dinâmica familiar até então construída e em crise, procurando conduzir as partes de uma solução mais próxima do que é justo e saudável para o casamento posto a termo, mas que tem na família sua continuidade por meio dos filhos comuns ao ex-casal, perpetuando a humanidade e função social da família, seja qual for a configuração que esta aderir.

Neste estudo, conclui-se ainda que enquanto a mediação não é definida em lei e funcionar como opção que objetiva resolver um encargo do judiciário, os conflitos apenas se acumularão nas mesas dos juízes. A mediação precisa funcionar como um meio de administração de conflitos, levando o operador do direito a refletir acerca das questões relacionais, e resolvê-las fora do âmbito processual, encaminhando as partes a um consenso.

Finalmente, todo o estudo direcionado ao tema conduziu à percepção que antes de ser uma ciência, a mediação é uma arte, a arte de devolver à sociedade a beleza do respeito mútuo, dos sentimentos de igualdade, solidariedade, a arte de resgatar a dignidade de cada ser humano seja qual for a situação de conflito na qual se esteja envolvido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF: Senado, 1990.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. 1ª.ed. (ano 2003), 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **A conciliação no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: http://icj.com.br/portal/artigos/a-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/. Acesso em: 28.ago.2013.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Mota. **Família, separação e mediação**: uma visão psicojurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

GONÇALVES, Hortência de Abreu. **Manual de artigos científicos**. São Paulo: Editora Avercamp, 2004.

MELO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Mediação e conciliação no judiciário:** dilemas e significados. Disponível em: http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/Dilemas11Art4.pdf. Acesso em: 05.set.2013.

MINAYO, M. Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. 26. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2007.

OLIVEIRA, Teresa Cristina Ferreira de. **Mediações interdisciplinares em famílias em situação de conflito pela guarda dos filhos**. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/23793/mediacoes-interdisciplinares-em-familias-em-situacao-de-conflito-pela-guarda-dos-filhos. Acesso em: 05.set.2013.

PERROT, Michelle. **Funções da família**. In: História da vida privada: da revolução Francesa à Primeira Guerra. Trad. Denise Bottman e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 105.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social**: métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 1999.

RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1978.

_____. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2ª impressão, 2013.

SOUZA, Lília Almeida. **A utilização da mediação de conflitos no processo judicial**. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/6199/a-utilizacao-da-mediacao-de-conflitos-no-processo-judicial. Acesso em: 05.set.2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TOALDO, Adriana Medianeira; OLIVEIRA, Fernanda Rech de. **Mediação familiar**: novo desafio do direito de família contemporâneo. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10860&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 05.set.2013.

ANEXO A – Projeto de Lei da Câmara nº 94 de 2002

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº94,DE 2002

(nº 4.827/98,na Câmara dos Deputados)

Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1° Para os fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo único. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

Art. 2° Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

§ 1° Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo.

§ 2° No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

Art. 3° A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4° Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação, aplicando-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5° Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

Art. 6° Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Art. 7° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PROJETO DE LEI ORIGINAL Nº 4.827- , DE 1998

Institucionaliza e disciplina a mediação, com método de prevenção e solução consensual de conflitos;

O Congresso Nacional decreta:

ART. 1° - Para os fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionen conflitos.

Parágrafo único - É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

ART. 2° - Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

§ 1° - Pode sê-lo também a pessoa jurídica que nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam ás exigências deste artigo.

§ 2° - No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

ART. 3° - A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

ART. 4° - Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único - O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

ART. 5° - Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

ART. 6° - Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflitos e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

ART. 7° - Esta lei entra entra em vigor à data de sua publicação.

10/11/98

ZULAIÊ COBRA RIBEIRO
Deputada Federal-PSDB/SP

(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania)

ANEXO B – Projeto de Lei do Senado nº 517 de 2011

SENADO FEDERAL

SECRETARIA-GERAL DA MESA
SECRETARIA DE COMISSÕES
COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA

TEXTO FINAL

Do PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 517, DE 2011

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que:

Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio alternativo de solução de controvérsias entre particulares e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

§ 1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

§ 2º Aplica-se a mediação para a resolução consensual de conflitos envolvendo pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do que dispõe o Capítulo I desta Lei.

§ 3º A composição de conflito em que ao menos uma parte é pessoa jurídica de direito público seguirá o regramento estabelecido no Capítulo II desta Lei.

Capítulo I

Da Mediação

Seção I

Disposições Gerais

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I – imparcialidade do mediador;

II – isonomia entre as partes;

III – oralidade;

IV – informalidade;

V – autonomia da vontade das partes;

VI – busca do consenso;

VII – confidencialidade;

VIII – boa-fé.

Parágrafo único. Ninguém será obrigado a submeter-se a procedimento de mediação.

Art. 3º Somente pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre matéria que admita transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º Os acordos envolvendo direitos indisponíveis e transigíveis devem ser homologados em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público quando houver interesse de incapazes.

§ 3º Não se submete à mediação o conflito em que se discute:

I – filiação, adoção, poder familiar ou invalidade de matrimônio;

II – interdição;

III – recuperação judicial ou falência.

Seção II

Dos Mediadores

Subseção I

Disposições Comuns

Art. 4º O mediador será escolhido pelas partes ou, se for indicado, deverá ser por elas aceito.

§ 1º O mediador conduzirá o processo de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito por acordo.

§ 2º No desempenho de sua função, o mediador procederá com imparcialidade, independência, diligência e discrição.

Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Art. 6º O mediador ficará impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer parte que tenha se submetido a mediação por ele conduzida nos dois anos anteriores.

Art. 7º Salvo acordo em sentido contrário, o mediador não poderá atuar como árbitro, nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

Subseção II

Dos Mediadores Extrajudiciais

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e que se considere capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho ou associação ou nele inscrever-se.

Subseção III

Dos Mediadores Judiciais

Art. 10. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou entidade de formação de mediadores, reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça ou pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação do Ministério da Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

§ 2º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

§ 3º Será compulsoriamente excluído do cadastro o mediador que:

I – violar os princípios previstos nesta Lei;

II – sendo impedido ou suspeito, atuar em procedimento de mediação;

III – for condenado definitivamente em decorrência de ação penal ou de improbidade administrativa.

§ 4º Nos casos dos incisos I e II do § 3º, o procedimento disciplinar para a exclusão do cadastro de mediadores será processado e julgado perante o tribunal sob cuja jurisdição houver ocorrido a infração, assegurado o direito ao contraditório.

§ 5º O tribunal deverá informar o nome dos mediadores que forem excluídos de seu cadastro ao Conselho Nacional de Justiça, que encaminhará tal informação aos demais tribunais, para que procedam à imediata exclusão, sem necessidade de procedimento disciplinar.

§ 6º O mediador que for excluído compulsoriamente do cadastro de mediadores de um tribunal não será mais admitido em nenhum outro.

Art. 11. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e será custeada pelas partes.

Parágrafo único. A gratuidade em relação à parte que alega ser juridicamente pobre dependerá da aceitação do mediador.

Seção III

Do Procedimento de Mediação

Subseção I

Disposições Comuns

Art. 12. A pessoa designada para funcionar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Art. 13. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

Art. 14. A requerimento das partes ou do mediador, com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Art. 15. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se a mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 16. As partes poderão ser assistidas por advogados.

Parágrafo único. Se apenas uma das partes estiver assistida por profissional da advocacia, as outras poderão solicitar a nomeação de defensor *ad hoc*.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data em que for firmado seu termo inicial.

§ 1º Constarão do termo inicial de mediação:

I – a qualificação das partes e dos seus procuradores, quando houver;

II – o nome, a profissão e o domicílio do mediador ou dos mediadores e, ainda, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de mediadores;

III – a descrição do conflito submetido à mediação;

IV – a discriminação da responsabilidade pelo pagamento das despesas com a mediação e dos honorários do mediador, independentemente de se chegar a consenso;

V – local, data e as assinaturas do mediador, das partes e dos seus procuradores, quando houver.

§ 2º Poderão as partes incluir no termo inicial de mediação outras matérias que entendam relevantes, inclusive os limites do dever de confidencialidade aplicável a todos os envolvidos no procedimento, signatários do termo inicial de mediação.

§ 3º Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional a partir da data da assinatura do termo inicial.

Art. 18. Instituída a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

Art. 19. No desempenho da sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, ouvir terceiros e solicitar das partes informações que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos e para facilitar o entendimento entre as partes.

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado lavrando-se seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

§ 1º O termo final de mediação conterá:

I – a qualificação das partes e dos seus procuradores e prepostos, quando houver;

II – o resumo do conflito;

III – a descrição do acordo, com os direitos e obrigações de cada parte, ou a declaração ou manifestação de não ser mais possível a obtenção de solução consensual;

IV – local, data, a assinatura do mediador e, caso tenha sido celebrado acordo, as assinaturas das partes e dos seus procuradores, quando houver.

§ 2º § 2º O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Subseção II

Da Mediação Extrajudicial

Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação.

Parágrafo único. O convite formulado por uma parte a outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido no prazo estipulado em contrato ou, na falta deste, em até trinta dias da data de seu recebimento.

Art. 22. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao mediador discipliná-lo tendo em conta as circunstâncias do caso, os interesses expressados pelas partes e a necessidade de uma solução expedita para o conflito.

Art. 23. Se, no termo inicial de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

Subseção III

Da Mediação Judicial

Art. 24. Na mediação judicial, os mediadores serão designados por distribuição e submetidos à aceitação das partes.

Art. 25. Se o juiz, ao receber a petição inicial, verificar que a controvérsia é passível de solução pela via da mediação, encaminhará o processo ao mediador judicial, designado por distribuição, salvo se a petição estiver acompanhada de declaração em que o autor expresse recusa ao procedimento.

§ 1º Ao receber os autos, o mediador instará as partes, por qualquer meio de comunicação, a manifestarem-se no prazo de quinze dias acerca de sua disposição para submeter-se ao procedimento e de sua aceitação ao mediador designado.

§ 2º Não havendo resposta de qualquer das partes, considerar-se-á rejeitado o procedimento de mediação, sem ônus, devendo o mediador devolver os autos imediatamente ao juiz, para que este dê seguimento ao processo.

§ 3º Decidindo as partes submeterem-se ao procedimento de mediação e restando aceito o mediador, este designará a sessão inicial de mediação, em dia e hora previamente acordados, respeitado o prazo de trinta dias.

§ 4º Acatado o procedimento, mas recusado o mediador, este imediatamente o comunicará ao cartório ou secretaria judicial, que procederá à redistribuição dos autos a outro mediador.

Art. 26. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

§ 1º Concluída a mediação sem a celebração de acordo, os termos inicial e final da mediação serão encaminhados ao juiz, que dará seguimento ao processo.

§ 2º Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento da petição inicial e, desde que requerido pelas partes, homologará, por sentença irrecorrível, o termo final da mediação.

Art. 27. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

Seção IV

Da Confidencialidade e suas Exceções

Art. 28. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I – declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II – reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III – manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV – documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não estará abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

Art. 29. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

Capítulo II

Da Composição de Conflitos em que for Parte Pessoa Jurídica de Direito Público

Seção I

Das Disposições Comuns

Art. 30. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para:

I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e o funcionamento das câmaras de que trata o *caput* serão estabelecidos em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o *caput* é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo, e exceto no caso do inciso I, constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no *caput* deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo ou que possam acarretar onerosidade excessiva para a Administração Pública.

§ 5º Não se aplica o disposto nos incisos II e III do caput às controvérsias jurídicas em matéria tributária.

Art. 31. A instauração de procedimento administrativo para resolução consensual de conflito no âmbito da Administração Pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade público emitir juízo positivo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data da formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Seção II

Dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações

Art. 32. A solução de controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II – parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada a transação por adesão não implica renúncia tácita à prescrição, nem sua interrupção ou suspensão.

Art. 33. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar a composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União solicitará ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para a quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro relator.

Art. 34. É facultado aos Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Art. 35. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I – não se aplicam as disposições dos incisos II e III do *caput* do art. 30;

II – as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços não poderão exercer a faculdade prevista no art. 34;

III – quando forem partes as pessoas a que alude o *caput* do art. 33:

a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia ao direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

Art. 36. A propositura de ação judicial em que figurem nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a Administração Pública Federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

Parágrafo único. A competência de que trata o *caput* poderá ser delegada.

Art. 37. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

Capítulo III

Das Disposições Finais

Art. 38. Os órgãos e entidades da Administração Pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.

Art. 39. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

> "**Art. 1º** O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígio, inclusive os judiciais.
>
> § 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.
>
> § 2º Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1º, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, de um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente.
>
> § 3º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral

da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o *caput*.

§ 4º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive nos casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários de seus respectivos advogados." (NR)

"**Art. 2º** O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionados no *caput* do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.

§ 1º No caso das empresas públicas federais, a delegação fica restrita a órgão colegiado formalmente constituído composto por pelo menos um dirigente estatutário.

§ 2º O acordo de que trata o *caput* poderá consistir no pagamento do débito em parcelas mensais e sucessivas, até o máximo de 60 (sessenta).

§ 3º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 4º Inadimplida qualquer parcela, após trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo." (NR)

Art. 40. O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar acrescido do seguinte dispositivo:

> "**Art. 14-A**. No caso de determinação e exigência de créditos tributários da União cujo sujeito passivo seja órgão ou entidade de direito público da Administração Pública Federal, a submissão do litígio à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União é considerada reclamação, para fins do disposto no art. 151, III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional."

Art. 41. Aplica-se esta Lei, no que couber, a outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias, escolares, penais, trabalhistas, bem como àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais.

Art. 42. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo.

Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.

Art. 43. Esta Lei entra em vigor cento e oitenta dias após sua publicação.

Art. 44. Revoga-se o § 2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997.

Sala da Comissão, 18 de dezembro de 2013

Senador **VITAL DO RÊGO**, Presidente