

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Laura Zuppo de Sousa

Os limites da solução mediada no direito de família

Mestrado em Direito Civil Comparado

São Paulo

2020

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Laura Zuppo de Sousa

Os limites da solução mediada no direito de família

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil Comparado, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi.

São Paulo

2020

Aprovada em ___ de _____ de 2019.

Banca Examinadora:

Profa. Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi

Profa. Maria Cristina Zucchi

Prof. Oswaldo Peregrina Rodrigues

*Everyone talks about peace, but no one educates for peace
In this world, they educate for competition,
and competition is the beginning of any war.
When educating to cooperate and owe each other solidarity,
that day we will be educating for peace!!*

MARIA MONTESSORI.

RESUMO

SOUSA, Laura Zuppo de. *Os limites da solução mediada no direito de família*. 2020. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

A mediação é reconhecida como método altamente eficaz, quando a pretensão é a resolução definitiva da questão controvertida. Com base nessa premissa, a família foi o objeto escolhido para ser submetido à mediação, sendo examinados possíveis entraves ao que pode ser determinado pelas partes envolvidas na sessão de mediação familiar e por consequência se fazer constar no termo de acordo. Tanto a mediação como o procedimento, quanto a família como objeto material, foram estudados de modo a permitir a conclusão alcançada. Em que pese ter sido explorado de maneira descritiva o objetivo daquilo que pode ou não limitar as partes com relação ao resultado prático de um acordo na mediação familiar, isso só foi possível a partir da fixação prévia da interação entre ambos. Concluiu-se que o acordo na mediação familiar pode assumir características de sentença, quando homologado judicialmente, ou de contrato, enquanto somente estiver assinado pelas partes, sendo os direitos indisponíveis e os princípios da família os únicos dois fatores que cerceiam a autonomia das partes nesse procedimento.

Palavras-chave: mediação familiar; método adequado; tratamento de conflito; autonomia da vontade; direitos indisponíveis.

ABSTRACT

SOUSA, Laura Zuppo de. *The limits of the mediated solution in family law*. 2020. 146p. Master's Thesis (Master in Comparative Civil Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

The application of the practice of mediation may raise doubts among the participants as to what can be stated in a term of agreement. As a proper form of conflict treatment, it is notorious that mediation can be classified as a highly effective method when the intention is the definite resolution of the disputed issue. Based on this premise, the family was the object chosen to be submitted to mediation, and possible barriers to what can be determined by the parties involved in the family mediation session were examined. Both mediation as procedure and family as material object were studied in order to allow the conclusion reached. Despite the fact that the purpose of what may or may not limit the parties regarding the practical outcome of an agreement in family mediation has been explored in a descriptive and explanatory way, this was only achievable through the prior determination of the interaction between them. It concluded that the agreement in family mediation may assume characteristics of a sentence, when judicially approved, or of an agreement while it is only signed by the parties, being the unavailable rights and family principles the two factors that limit the autonomy of the parties in this procedure.

Keywords: family mediation; appropriate method; conflict treatment; autonomy of will; unavailable rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
art.	Artigo
CC	Lei 10.406/2002 – Código Civil
Cebepej	Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais
Cebrame	Centro Brasileiro de Mediação
CF	Constituição Federal de 1988
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNAJ	Comisión Nacional de Acceso a Justicia
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Conima	Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
CPC	Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil
CSM	Conselho Superior da Magistratura
Des.	Desembargador
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Enam	Escola Nacional de Mediação e Conciliação
FMA	<i>Family Mediators Association</i>
Foname	Fórum Nacional de Mediação
HLS	<i>Harvard Law School</i>
IBA	<i>Internation Bar Association</i>
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito e Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Imab	Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil
JEC	Juizado Especial Cível
Jecrim	Juizado Especial Criminal
LArb	Lei 9.307/1996 – Lei de Arbitragem
LMed	Lei 13.104/2015 – Lei da Mediação
Masc	Método Adequado de Solução de Controvérsias
MEC	Ministério da Educação
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
Nupemec	Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
PLS	Projeto de Lei do Senado
pp.	Páginas

PON	<i>Harvard Program on Negotiation</i>
r.	Respeitável
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Uncitral	<i>The United Nations Commission on International Trade Law</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. MEDIAÇÃO COMO TÉCNICA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS	17
1.1 Histórico evolutivo da mediação	17
1.1.1 No mundo	17
1.1.2 No Brasil	23
1.2 Definição teórica da mediação	33
1.3 Diferenciação da mediação e demais formas de solução alternativa de conflito	45
1.4 Cenário da mediação	50
1.4.1 No âmbito judicial	52
1.4.2 No âmbito extrajudicial	55
2. TEORIA DAS FAMÍLIAS	59
2.1 Organização das famílias	59
2.2 Crise e reorganização das famílias	63
2.3 Direito das famílias: direito público ou privado?	70
3. MEDIAÇÃO NAS QUESTÕES DE FAMÍLIA	73
3.1 Mediabilidade das questões de família	73
3.1.1 Análise legal – objetiva	73
3.1.2 Análise prática – subjetiva	77
3.2 Mediação familiar aplicada	83
3.2.1 Nos países latino-americanos	83
3.2.2 Nos países da União Europeia	87
3.2.3 Nos países norte-americanos	96
3.3 Finalidade da mediação familiar	98
3.4 Vantagens da solução mediada familiar	100
4. LIMITES DA SOLUÇÃO MEDIADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	109
4.1 Famílias sem filhos – casal conjugal	111

4.2 Famílias com filhos – casal parental	113
4.3 Mediação familiar simulada	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
REFERÊNCIAS.....	132

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Aplicação prática dos Masc.....	50
Figura 2 – Cenário mediativo	52
Figura 3 – Origem da execução do acordo	57
Figura 4 – Divórcios em número no Brasil	67

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Análise da mediação familiar nos países da América Latina	85
Quadro 2 – Análise da mediação familiar na União Europeia	88
Quadro 3 – Análise da mediação familiar nos países norte-americanos	97

INTRODUÇÃO

O sistema judiciário brasileiro enfrenta um momento em que se faz presente entre os operadores do direito, doutrinadores, legisladores e partes processuais a reflexão sobre a necessidade da reforma de sua estrutura basilar. Tal afirmativa relaciona-se com a crescente repulsa à morosidade processual, produto dos inúmeros procedimentos e burocracias previstos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como com a insatisfação pragmática do teor das decisões judiciais.

Logo, os métodos alternativos de solução de conflito¹ evidenciam-se como possível resposta ao que se pretende no tocante a reforma, devendo-se ressaltar que tais métodos possuem previsão legal no sistema normativo vigente, ou seja, a resposta aos descontentamentos percebidos está na própria estrutura jurídica organizacional existente.² Nessa toada, importa relembrar a colocação feita pela Professora Ada Pellegrini Grinover que entende que, “mesmo com essa moderna vocação a oferecer tutelas jurisdicionais diferenciadas, a Justiça estatal não é o único caminho pelo qual se procura oferecer solução aos conflitos”.³

¹ Ao longo da explanação, os termos “adequado” e “alternativo”, bem como “solução”, “resolução” ou “tratamento”, não devem ser interpretados de maneira distinta. Apesar de, semanticamente, cada um desses vocábulos, quando combinados, possibilitar interpretações menos ou mais extensivas e que, segundo a teoria do conflito, sob a ótica da cultura da paz, o mais coerente seria a utilização da expressão “método adequado de tratamento de conflitos”. Contudo, como o objeto do presente não é a análise pormenorizada dessas peculiaridades, essa questão deve restar superada (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos?. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Edição Especial, Curitiba, ano 3, n. 1, p. 9-11, maio 2018. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_13.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019).

² “A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça). Processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 88).

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 61.

É válido realçar que, na atualidade, a máxima quanto a essa temática é a de que devem existir tantos instrumentos hábeis quantos necessários para que se conceda aos jurisdicionados a realização, de forma adequada e eficaz, de suas posições processuais e interesses pessoais. Hoje, vive-se o momento da transição da cultura da sentença para a cultura da pacificação, e os meios alternativos de solução de conflito permitem dita evolução.⁴

Em face do exposto, a mediação não se classifica apenas como método alternativo de solução de conflito, mas também se apresenta na qualidade de alternativa genuinamente eficaz aos conflitos que a ela são submetidos para resolução. À vista disso, parece claro que “a mediação insere-se na busca de redução do distanciamento cada vez mais crescente entre Judiciário e o cidadão, na busca do aperfeiçoamento dos instrumentos de acesso à justiça [...]”.⁵

Ao colocar as partes litigantes na figura de protagonistas do procedimento utilizado para se chegar às soluções mais adequadas, a mediação atende a satisfação do critério temporal de uma determinada demanda, bem como do critério material, visto que a decisão alcançada é proveniente de tentativas de composição entre os envolvidos que, considerando suas realidades e as devidas peculiaridades de cada caso, elegem uma alternativa passível de execução dentro de seus contextos individuais.

⁴ Sobre cultura da sentença, nas palavras do Professor Kazuo Watanabe explica-se: “9. Todavia, a mentalidade forjada nas academias, e fortalecida na práxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados, vem fazendo com que os dispositivos processuais citados sejam pouco utilizados. Há mesmo, o que é lastimável, certo preconceito contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses. E há, ainda, a falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito. 10. Um outro fator que reduz o entusiasmo dos juízes pela conciliação é a percepção que eles têm, e muitas vezes com razão, de que o seu merecimento será aferido pelos seus superiores, os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por ele proferidas, não sendo consideradas nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias, a condução diligente e correta dos processos, a sua dedicação à organização da comarca e a sua participação em trabalhos comunitários. 11. Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente” (WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2009. p. 686-687).

⁵ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17.

Tendo em vista as breves considerações expostas, serve o presente estudo para abordar o método alternativo representado pela mediação aplicado às demandas pertinentes ao âmbito do direito de família. Desse modo, ao final, pretende-se que o leitor se sinta seguro com relação à aplicabilidade da mediação em conflitos de família, compreenda os instrumentos utilizados pela técnica e perceba possíveis limitações que seu protagonismo possa sofrer dentro desse procedimento.

Assim, o primeiro capítulo abordará a mediação como técnica para solução de controvérsias de maneira ampla, sendo para tanto, em um primeiro momento, apresentado o histórico evolutivo desse instituto no cenário global e no Brasil. Em seguida, será dada sua conceituação e, então, em que medida esta se difere da definição dos outros métodos alternativos de solução de controvérsias previstos no ordenamento jurídico nacional, tais como arbitragem e conciliação.

Ainda nesse mesmo capítulo, visando à fixação das premissas deste estudo, serão indicadas as possibilidades de aplicação prática da mediação, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, pretendendo estabelecer que, em qualquer das searas, a mediação é eficaz e seu resultado é absolutamente sensato e conveniente às partes litigantes.

A partir dos conceitos basilares da mediação determinados no primeiro capítulo, passa-se à análise de conceitos estruturais do direito de família, uma vez que o objetivo do presente é estudar a aplicação da mediação aos conflitos familiares, de modo a verificar se há, ou não, limitações ao que as partes envolvidas podem estabelecer no acordo em que fora desenhado por elas.

À vista disso, o segundo capítulo trata especificamente sobre o conceito, origens e organização das famílias na contemporaneidade, bem como das transformações havidas na estrutura familiar, a fim de demonstrar que o conceito de família não é mais o mesmo, como aquele concebido e consagrado na legislação há dezoito anos, quando da promulgação do Código Civil.

Ademais das questões relativas às mudanças ocorridas na estrutura familiar, que ainda continuam suscitando conflitos, será pautada a crise relativa a essa nova composição familiar, tornando-se patente a necessidade da reorganização dessa situação na esfera jurídica para que as novas

questões conflituosas possam ser compreendidas e, como resultado, possam ser tratadas e solucionadas de maneira satisfatória.

O terceiro capítulo é o responsável por demonstrar o liame passível de ser feito entre a mediação, tal e qual apresentada no primeiro capítulo, e a teoria das famílias e seus consequentes conflitos, tal como enunciado no segundo capítulo. Seguindo tal perspectiva, será trazida a lume a total viabilidade de os conflitos familiares serem remetidos à mediação com vistas à obtenção de uma solução adequada e exequível.

De mais a mais, o terceiro capítulo ainda abordará, de maneira não exaustiva, quais os objetivos e as consequências práticas da solução mediada no direito de família, para apontar a efetividade da técnica aplicada aos conflitos familiares que necessitem de solução, analisando-se não apenas o cenário brasileiro, mas também do direito comparado dos países latino-americanos, norte-americanos e europeus a fim de demonstrar sua aceitação e utilização.

Alicerçado na exposição de tudo quanto descrito nos capítulos anteriores, o capítulo quarto tem a função de finalizar o presente estudo para suscitar a análise a respeito dos limites da solução mediada nas questões familiares. Nessa oportunidade, será apresentada a conclusão lógica a partir da investigação teórica e prática daquilo que pode atuar como delimitação à autonomia da vontade das partes na mediação familiar, observando e conciliando com as características do novo conceito de família, assim como da dinâmica da mediação nos dias de hoje.

A pretensão é a de que, ao final, reste demonstrado que, diferentemente do que ocorre com as determinações contidas na maior parte das decisões judiciais, as partes conflitantes na mediação podem resolver seus conflitos considerando tudo quanto desejarem, desde que não contrário aos direitos fundamentais constantes do ordenamento jurídico, não estando limitadas às prescrições jurídicas que fujam de sua realidade fática.

Por último, é válido ponderar que não é objeto do presente o estudo pormenorizado dos instrumentos utilizados no processo mediativo, sendo apenas traçadas as linhas gerais para que se possa perceber sua interação com o direito de família. Igualmente, não cumpre ao presente a análise do conflito e suas causas, pressupondo-se esse conceito ser inerente a este trabalho analisar ao conhecimento do leitor.

1. MEDIAÇÃO COMO TÉCNICA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

É bem verdade que cientistas sociais têm se disposto a estudar e realizar profundas pesquisas sobre o instituto da mediação como técnica hábil para solução de conflitos. Diversos modelos, teorias, definições e aplicações são analisados por profissionais de diversas áreas de conhecimento com o propósito de constatar a eficiência de sua aplicação prática.

Considerando todos os esforços aplicados ao desenvolvimento da mediação, é de suma importância ressaltar algumas de suas características essenciais para que se torne possível demonstrar vantagens tanto aos mediandos que oferecem seu conflito para ser trabalhado quanto à estrutura já saturada do Poder Judiciário. Exatamente com essa finalidade que o estudo deste capítulo se desenvolverá.

1.1 Histórico evolutivo da mediação

Para que seja possível manejar impressões, realizar distinções e, ao cabo, compreender⁶ determinada ciência que tenha relação direta com a vida do ser humano inserido em dado contexto social, é necessário o levantamento de algumas proposições propedêuticas que, no presente, será viabilizado pela apresentação da análise histórica da mediação. Por assim ser, em princípio, parte-se do cenário macroscópico, com a análise do histórico do instituto da mediação no mundo, de maneira ampla e geral, e passar-se-á ao contexto microscópico, que abordará seu desenvolvimento a partir da conjuntura do Brasil.

1.1.1 No mundo

Preliminarmente, há de ressaltar que a mediação, como método alternativo de solução de conflito, não é produto do século XXI. O ser humano,

⁶ ARAUJO, Clarice von Oertzen de. Semiótica jurídica. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). *Teoria geral e filosofia do direito*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/96/edicao-1/semiotica-juridica>. Acesso em: 13 jun. 2019.

há muito tempo, ou melhor, desde a formação coletiva social, utiliza-se dos instrumentos caracterizadores da mediação na resolução de seus conflitos. É bem verdade que “conflitos e disputas existem desde sempre no convívio humano e social e, de algum modo, os métodos de resolução de tais conflitos e disputas também existem, desde sempre, em diferentes tempos, lugares e culturas”.⁷

A concepção teórica da mediação teve sua gênese na China Antiga, antes do tempo de Cristo (551 a.C. a 479 a.C.), fundamentada a partir das concepções de Confúcio, filósofo com grande relevância que, à época, resguardava os princípios da moralidade do sujeito e do Estado, visando a concretização da “justiça” como valor jurídico por meio da aplicação da ética na conduta subjetiva, isso porque o sistema ganha-perde nunca foi bem visto dentro dessa base cultural.⁸ Nesse sentido, tem-se que “mediation has been part of China’s cultural fabric for thousands of years. The process of a respected neutral assisting parties in the resolution of a dispute has existed since ancient times”.⁹

Cita-se também a existência da classe de mediadores no Antigo Egito, na Grécia Antiga e na Roma Antiga com função específica de intervir em conflitos advindos do término das relações conjugais; tem-se que “las primeras manifestaciones de mediación se dieron cita en el ámbito privado y familiar. Así, podemos afirmar que los primeros mediadores fueron los intermediarios para concertar matrimonios [...]”.¹⁰

Por seu turno, ainda no tempo de Cristo, a mediação despontava seus traços mais marcantes, qual seja a tomada de consciência das partes com relação a seu conflito, de modo que elas mesmas fossem capazes

⁷ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação, p. 1. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 13 jun. 2019.

⁸ TILKEAN, Rubens Decoussau. *Comentários à Lei de Mediação*. São Paulo: Migalhas, 2016. p. 45-46.

⁹ HEPING, Jiang; LEE, Andrew Wei-Min. From the traditional to the modern: mediation in China. *News*, Weinstein International Foundation: Mediating a better future. Disponível em: <https://weinsteininternational.org/mediation-in-china/>. Acesso em: 13 jun. 2019. Tradução livre: A mediação faz parte da cultura chinesa há milhares de anos. O processo em que um terceiro neutro respeitado auxilia as partes na solução de suas disputas já existia desde os tempos antigos.

¹⁰ ARRENDONDO, José Garrido. Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano. *Anuario de Historia del Derecho Español – Miscelánea*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2002. p. 413.

de solucionar suas pendências. Nesse sentido, Paulo, em uma de suas comunicações aos Coríntios, já dizia:

Há alguém dentre vós que, tendo alguma questão contra outro, ousa ser julgado perante os injustos e não diante dos santos? Ou não sabeis os santos julgarão o mundo? Se o mundo é julgado por vós, porventura sois indignos de julgamentos de menor importância? Não sabeis que julgaremos os anjos? Quanto mais as coisas relativas a esta vida! Portanto, se tendes em julgamento questões da vida cotidiana, os considerados vis na igreja, a estes constituís juízes? Digo para vossa vergonha. Afinal, não há entre vós nenhum sábio que poderá julgar entre seus irmãos? Mas um irmão é julgado contra um irmão e isso perante incrédulos? De qualquer modo, já é uma derrota para vós terdes processos judiciais uns contra os outros. Por que, ao contrário, não sofreis a injustiça? Por que, antes, não aceitais serdes defraudados?¹¹

As culturas orientais, por sua vez, sempre evidenciaram traços bastante acentuados daquilo que se busca com a aplicação da mediação. No Japão, por exemplo, a resolução de conflitos relaciona-se com a ideia de honra e manutenção dos relacionamentos, o que, conseqüentemente, faz crer que a submissão do problema a um terceiro demonstra incapacidade pessoal de resolver suas pendências.¹²

Para Águida Barbosa, “a mediação tem tradição milenar entre os povos antigos. Entre os judeus, chineses e japoneses, a mediação faz parte da cultura, dos usos e costumes, muitas vezes integrando seus rituais religiosos”.¹³

Como exemplo dessa tradição milenar suprarreferida, citam-se: (i) os tribunais rabínicos judaicos, que existem até a atual data e cuidam de questões que envolvem seus seguidores; (ii) a obrigatoriedade prevista na lei chinesa quanto a todo conflito ser submetido previamente a uma instância de mediação, o *jidan* (procedimento preliminar que antecede o acesso ao judiciário), *wakai* (conciliação intentada pelo magistrado) e o *chotei* (magistrado

¹¹ *A Bíblia*: Novo Testamento, 1Cor 6, 1.7, p. 409-410.

¹² FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação cit., p. 5.

¹³ BARBOSA, Águida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. In: NAZARETH, Eliana Riberti (coord.). *Direito de família e ciências humanas*. Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família – Caderno de Estudos n.º 1. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998. p. 8.

e mais dois conciliadores proferem uma decisão atendendo o princípio da equidade) japoneses¹⁴; (iii) o *Diritto Fecciali* existente nas tradições jurídicas romanas, que se traduz pelo direito advindo da fé capaz de solucionar um conflito presente. Ademais, a cultura romana fazia constar de seu sistema o procedimento *in iudicio* que se dava na presença do mediador, ou árbitro, e o procedimento *in iure*, que ocorria diante de um juiz.¹⁵

Portanto, é possível afirmar que são muitas as culturas que primam pela paz e harmonia interna em detrimento do litígio, ou que elevam o coletivo em detrimento do individual, sendo certo que as manifestações culturais religiosas, quaisquer que sejam elas, sempre estiveram muito ligadas aos princípios da mediação.

Nesse ponto, desvinculando Roma das percepções religiosas, seu direito, desde os tempos do Baixo Império, incorporou o instituto jurídico da mediação em questões familiares, seguidas de questões comerciais surgidas à época. Foi Justiniano quem utilizou pela primeira vez o termo “mediadores” para caracterizar tanto os *proxenetae*, que atuavam nas províncias em atividades comerciais, quanto os *argentarii*, que lidavam com negócios de diversas modalidades.¹⁶

Acontece que, em decorrência de atos políticos centralizadores, o uso da mediação e o reconhecimento do próprio instituto perderam-se na maioria dos países do Ocidente ao longo dos anos, visto que a resolução dos conflitos foi submetida ao que, comparado ao sistema judicial brasileiro, se traduz pelo Poder Judiciário. Somente no final do século XX que a mediação ressurge em sua relevância, mesmo que timidamente, a partir de movimentos ocorridos na Grã-Bretanha, Estados Unidos, Canadá e França que, posteriormente, disseminaram os resultados de seus estudos práticos e teóricos para inúmeros outros países.

¹⁴ UYEDA, Massami. Breves reflexões sobre o sistema jurídico japonês à luz do direito comparado. *Justiça e Cidadania*, 2016. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/breves-reflexoes-sobre-o-sistema-juridico-japones-a-luz-do-direito-comparado/>. Acesso em: 13 jun. 2019.

¹⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 24.

¹⁶ ARRENDONDO, José Garrido. Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano cit., p. 410-411.

Em síntese, na Grã-Bretanha, dois eventos devem ser destacados para caracterizar a evolução histórica da mediação: (i) *Parents for ever*:¹⁷ programa criado por Gwynn Davis, em 1977, com a finalidade de operar em conflitos familiares antes que qualquer medida judicial fosse proposta; (ii) *Family Mediators Association*¹⁸ (FMA), que surge em 1988 como produto da iniciativa gratuita de Lisa Parkison em prestar serviços independentes voltados a explorar questões que envolvem menores no processo de separação de seus genitores.

Paralelamente, nos Estados Unidos, outros tantos atos foram praticados no sentido de incorporar a mediação ao seu contexto de solução de conflitos, ressaltando-se dentre eles: (i) *Structure Mediation in Divorce Settlement*:¹⁹ estudo publicado por D. J. Coogler, no ano de 1978, no qual relata suas experiências durante os quatro anos em que, em âmbito privado, mediou conflitos de clientes que pretendiam se divorciar; os principais seguidores desse modelo foi Erickson e Haynes;²⁰ (ii) *Harvard Program on Negotiation*²¹ (PON): o programa foi fundado no ano de 1983, contando com a participação ativa de Frank Sander, Roger Fisher e William Ury, na tentativa de delimitar um método de negociação criativo; (iii) *Prosecutor's Office*:²² traduz-se por um programa de mediação criado no Estado de Ohio, no ano de 1987, com o objetivo de lidar com reclamações de contravenções; (iv) *Global Pound Conference*:²³ produto final da soma de todos os estudos realizados entre o final da década de 1960 e início da década de 1970, em *Harvard Law School* (HLS), sob a supervisão de Frank Sander, e consequente criação e aplicação prática daquilo que se convencionou denominar *Alternative Dispute Resolution*²⁴ (ADR).²⁵

¹⁷ Tradução livre: Pais para sempre.

¹⁸ Tradução livre: Associação dos Mediadores das Famílias.

¹⁹ Tradução livre: Estrutura da Mediação em Acordos de Divórcio.

²⁰ ROBLES, Tatiana. *Mediação e direito de família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009. p. 82.

²¹ Tradução livre: Programa de Negociação de Harvard.

²² Tradução livre: Gabinete do Procurador do Estado.

²³ Tradução livre: Conferência Global "Pound".

²⁴ Tradução livre: Resolução Alternativa de Litígios.

²⁵ "The ADR roster includes such well-known processes as arbitration, mediation, conciliation, and, perhaps, negotiation. These processes can be used to settle existing disputes or to prevent disputes from developing" (LIEBERMANT, Jethro K.; HENRY, James F. Lessons from the Alternative Dispute. *The University of Chicago Law Review*, p. 424, 1986. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4462&context=uclev>. Acesso em: 13 jun. 2019). Tradução livre: A lista de

O modelo de mediação norte-americano está baseado na interdisciplinaridade, isto é, considera tanto os aspectos legais e sociais quanto os psicológicos, permitindo, assim, a atuação de mediadores egressos de diversos cursos superiores e também a propositura de uma negociação mais cooperativa entre as partes conflitantes e observando as peculiaridades e características de cada caso.

No Canadá, em vista de sua formação cultural híbrida, pode-se verificar a respeito da mediação que ela está submetida à competência legislativa provincial. Já em 1987 restou instituída a mediação prévia em questões familiares²⁶ e no ano de 1997, no Quebec, foi promulgada lei que incluía a mediação no dia a dia dos casais com filhos que pretendiam se divorciar. Assim era feita a divulgação do instituto de modo a mostrar-lhes uma nova perspectiva para solução de seus conflitos advindos da separação do casal conjugal.²⁷ Ontario, Nova Scotia, British Columbia, Saskatchewan e Alberta também possuem leis específicas para tratar da aplicação da mediação nos dias atuais.²⁸

De acordo com pesquisa feita por Tatiana Robles, em face dos fatos históricos acima narrados, a autora expõe que, no Quebec, o modelo de mediação utilizado é de origem norte-americana, desenvolvendo-se, portanto, a partir da interdisciplinaridade dos profissionais que buscam a cooperação entre as partes.²⁹

Considerando as questões religiosas que marcaram a história na França, pode-se dizer que a mediação também sempre existiu naquele país. Contudo, os ideais foram resgatados a partir da década de 1980, quando se pretendeu aperfeiçoar as bases doutrinárias existentes a partir daquilo que outros países tinham desenvolvido. Tal como no Brasil, na França existe

ADR inclui processos conhecidos como arbitragem, mediação, conciliação e talvez negociação. Esses processos podem ser utilizados para resolver ou prevenir o desenvolvimento de disputas. Ademais, conforme definição trazida pela *New York State Unified Court System*, a referida nomenclatura se refere à variedade de procedimentos direcionados ao auxílio das partes em relação à resolução de seus conflitos de modo a não ser necessário qualquer julgamento. Disponível em: http://ww2.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em: 10 ago. 2019.

²⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família* cit., p. 26.

²⁷ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 13.

²⁸ Disponível em: [file:///C:/Users/laura/Downloads/Mediation_ResponsesCanada%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/laura/Downloads/Mediation_ResponsesCanada%20(1).pdf). Acesso em: 18 out. 2019.

²⁹ ROBLES, Tatiana. *Mediação e direito de família* cit., p. 86.

previsão da mediação em seu Código de Processo Civil, bem como lei que desenvolve as peculiaridades desse procedimento, qual seja a Lei 95-125/1995 regulamentada pelo Decreto 96-652/1996.

Não bastasse o referido movimento nos países citados, há de salientar que, em 1985, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Resolução 40/34, que declarou os princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder, identificando em seu item 7³⁰ a mediação como método eficaz para solução de conflitos.

Em resumo, pode-se inferir que a mediação não surge a partir de uma ideia moderna, pelo contrário, suas bases se encontram fixadas muito antes de surgir a necessidade de repensar o sistema jurídico predominante em cada um dos países que tem a mediação inserida em seu contexto. Atualmente, em vista da paz social com o elevado número de litígios submetidos ao sistema jurídico processual, ela ressurgiu com a função precípua de possibilitar um olhar diferenciado para o conflito dentro dos países que optam por inseri-los em seu sistema, como é o caso do Brasil.

1.1.2 No Brasil

Como anteriormente visto, traçar um panorama histórico de um determinado instituto jurídico exige uma análise não apenas de fatos, uma vez que estes precisam ser interpretados e inseridos na realidade em que foram vivenciados. Logo, falar em mediação pressupõe uma abordagem constitucional, legal e social muito antes dos tempos atuais, pois, sem dúvida, longo foi o caminho percorrido até a concepção que se tem hodiernamente a respeito de tal instituto.

Dessarte, a reflexão sobre o instituto da mediação no histórico brasileiro requer a recapitulação de momentos anteriores à independência do País, pois, apesar de não possuir tal denominação (“mediação”), a técnica teve alguns de seus pontos estruturais regulados a partir do instituto da conciliação. Nesse sentido, desde as Ordenações e leis do Reino de Portugal,

³⁰ “7. Os meios extrajudiciários de solução de diferendos, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de direito consuetudinário ou as práticas autóctones de justiça, devem ser utilizados, quando se revelem adequados, para facilitar a conciliação e obter a reparação em favor das vítimas” – grifo da autora. ONU, Res. 40/34 de 1985.

vigentes no Brasil, até a promulgação do Código Civil brasileiro, em 1916, já se encontravam disposições a esse respeito.

No Terceiro Livro das Ordenações Filipinas, no Título XX, “Da ordem do juízo nos feitos cíveis”, previa-se:

1. E no começo da demanda dirá o Juiz à ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre elles os ódios e dissensões, se devem concordar (5), e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso. E isto, que dissemos, de reduzir as partes à concordia, não he de necessidade, mas sómente de honestidade (6) nos casos, em que o bem poderem fazer.³¹

Da leitura do texto supratranscrito depreende-se claramente a intenção do legislador português de manter a ordem e a paz entre aqueles que pretendiam litigar por qualquer que fosse a razão, na medida em que, antes de seguirem com os atos heterocompositivos para a solução do conflito, as partes deveriam ter buscado a resolução por elas mesmas.

Considerando o Brasil independente, o estudo deve ser feito a partir de duas perspectivas: a constitucional e a legal.

Diante do panorama constitucional, a Constituição Federal de 1824, em seu artigo 161, determinava: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”.³² Tal redação seguia os ditames da lei portuguesa que até então vigorava no País, visto que priorizava a autocomposição entre as partes antes que fosse instaurada a demanda judicial.

A Constituição Federal de 1891, já no contexto Brasil República, foi silente a respeito de qualquer possibilidade de conciliação e/ou mediação. No mesmo sentido, as demais Constituições que se seguiram, dos anos de 1934, 1937, 1946 e 1967. A ideia da conciliação constava apenas quando em pauta questões entre empregadores e empregados, estando a figura do juiz de paz relacionada ao mencionado instituto.

³¹ PORTUGAL, Ordenações Filipinas.

³² BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

Somente na Constituição Federal de 1988 (CF), vigente até os dias de hoje, especificamente em seu artigo 98, I e II,³³ a conciliação retorna à esfera jurídica e é delimitada pelo Estado como técnica aplicável a todo e qualquer conflito submetido ao modelo heterocompositivo.

Além das previsões constitucionais referidas, leis e atos administrativos caminharam no sentido de incorporar a mediação ao sistema jurídico. Outrossim, os Códigos de Processo Civil, entre eles os dos anos de 1973 e 2015, contemplaram o ideal da pacificação por meio da utilização dos métodos alternativos de solução de conflito.

Sem dúvida, o Código de Processo Civil de 1973 avançou em muito em relação ao anterior, de 1939, ao passo que dispôs, expressamente, a possibilidade de o magistrado, no procedimento comum, a qualquer tempo, buscar o consenso entre as partes litigantes,³⁴ e, no procedimento sumário, a determinação da primeira audiência entre as partes de conciliação.³⁵

No que tange ao texto do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), Lei 13.105, de 16 de março de 2015, várias são as previsões que demonstram a verdadeira preocupação do legislador em inserir a mediação no contexto jurídico do Brasil. Contudo, antes de abordar tais disposições, devem-se mencionar alguns outros atos normativos que, nesse ínterim, contribuíram para a composição do arcabouço legal que compõe a regulação da mediação no direito brasileiro nos dias de hoje.

³³ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II – justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação” (BRASIL. *Constituição Federativa da República do Brasil de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2019).

³⁴ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (BRASIL. *Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 13 jun. 2019).

³⁵ “Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2.º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973, cit.).

A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cível e Criminal (JEC e Jecrim), certamente deve ser mencionada no histórico evolutivo da mediação, pois, pela primeira vez, se propõe a partir de uma prescrição legal a reflexão social a respeito dos métodos alternativos de solução de conflito. Em sua exposição de motivos, é ressaltada a importância da composição entre as partes litigantes para que se mantenha o bom funcionamento e desenvolvimento do Judiciário brasileiro:

Não se olvidou a experiência brasileira dos Juizados Especiais de Pequenas Causas civis, que tantos benefícios vêm prestando à denominada “Justiça menor” e nos quais tantas esperanças se depositam para a agilização e desburocratização da Justiça ⁽⁵⁾. Nem se deixaram de lado os excelentes resultados colhidos pelos Juizados ou Conselhos Informais de Conciliação, em que se pôde constatar o aporte positivo dos conciliadores para exercício de função que não tem natureza jurisdicional e que por isso mesmo convém fique separada e afeta a pessoas distintas do juiz togado, que se limita a supervisionar a atividade conciliativa.³⁶

Na mesma toada, em 1996, foi promulgada a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LArb), que trata da arbitragem em âmbito nacional. Essa legislação tem impregnada em si o longo percurso das várias tentativas de ampliação do acesso à justiça por parte daqueles que possuíam uma visão mais ampla das possibilidades de resolução de conflito, especialmente sem o recurso ao Judiciário.

Em que pese a arbitragem ser modalidade heterocompositiva de resolução de conflitos, não há como negar que os esforços empregados para consolidação de seus pilares fundamentais contribuíram de maneira considerável para o desenvolvimento e a aceitação das demais formas alternativas de solução de conflito.

É importante mencionar que, em 1997, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), durante seminário realizado em comemoração ao primeiro ano de vigência da LArb, foi criado, pela iniciativa privada, o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima),³⁷ com a proposta de reunir

³⁶ BRASIL. Lei n.º 9.099, de 25 de setembro de 1995 – Exposição de Motivos. *Diário do Congresso Nacional*, Seção 1, 24.02.1989, p. 329 (Exposição de Motivos). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html>. Acesso em: 13 jun. 2019.

³⁷ CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, [s.d.]. Página Inicial. Disponível em: <https://conima.org.br/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

de maneira representativa e organizada as diversas entidades de mediação e arbitragem, a fim de preservar os institutos e cada vez mais desenvolvê-los com qualidade e excelência.

Seguindo-se com a árdua tarefa de incorporar a conciliação e a mediação ao ordenamento jurídico positivo brasileiro, foram promulgados atos administrativos que, juridicamente, contribuíram com sua validade e, socialmente, conferiram-lhes certo grau de confiança dada a descrição como justos e aconselháveis.

Produtos da iniciativa privada podem ser citados também o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (Imab),³⁸ instituído em 1994, e o Centro Brasileiro de Mediação (Cebrame),³⁹ constituído em 1998.

Ainda em 1998, deve-se ressaltar o Projeto de Lei – PL 4.827/1998, de iniciativa legislativa da Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro, cuja proposta era implementar a mediação no Brasil a partir do modelo francês de mediação, que exaltava o conceito do método a fim de proporcionar o aprendizado daqueles que futuramente poderiam se utilizar dessa previsão. De outro lado estava o grupo de estudos, coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que trabalhava em outra proposta legislativa, mas sob as perspectivas mediativas norte-americanas.⁴⁰

No ano de 2002, foi promulgado o Provimento 783/2002 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (CSM/TJSP), que dispôs sobre a criação e funcionamento do plano-piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição. Em 2004, publicou-se o Provimento 893/2004 do CSM/TJSP, com nova redação dada pelo Provimento 953/2005, que autorizou a criação e instalação do setor de conciliação e mediação nas comarcas e foros do Estado de São Paulo.

Ressalta-se, por oportuno, que foi a partir dessa sucessão de Provimentos inéditos do CSM/TJSP que, de fato, a conciliação e a mediação começaram a ser exploradas e incorporadas à cultura jurídica brasileira, uma vez que foram excelentes os resultados obtidos mediante os estudos dos

³⁸ IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, [s.d.]. Página inicial. Disponível em: <https://www.imab-br.net/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

³⁹ CEBRAME – Centro Brasileiro de Mediação, [s.d.]. Página Inicial. Disponível em: <https://www.cebrame.com.br/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴⁰ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 18-19.

casos práticos submetidos à 2.^a Vara da Comarca de Serra Negra e à Vara Única da Comarca de Patrocínio Paulista, realizados por um grupo de juízes, advogados e sociólogos, em parceria com o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej), sob a orientação do Professor Kazuo Watanabe e do Desembargador Caetano Lagrasta.⁴¹

Em 2007, em meio às discussões sobre possível regulamentação própria do instituto da mediação, entidades públicas e privadas reunidas deram forma ao Fórum Nacional de Mediação (Foname)⁴², criado com o objetivo de resguardar e promover o instituto dentro do sistema jurídico brasileiro.⁴³

Ocorre que, “não obstante tal avanço, percebeu-se que a conciliação era realizada de maneira amadora [...]. Por isso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) buscou o aperfeiçoamento da atividade de conciliação”.⁴⁴

Em face do exposto, no ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça promulgou a Resolução 125 de 2010 com a intenção de instituir a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. A meta pretendida era assegurar a todos os jurisdicionados do território brasileiro o oferecimento do método mais adequado ao seu conflito a partir da análise de sua natureza e de suas peculiaridades.⁴⁵

Importa ressaltar, ainda, que, a partir da redação da Resolução 125/2010 CNJ ficou determinado que cada Estado da Federação deveria criar, por meio de atos normativos, seus próprios: (i) Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), os quais teriam que zelar pela gestão, manutenção e bom funcionamento do sistema proposto; e (ii) Centros de Solução de Conflito e de Cidadania (Cejusc), que funcionariam

⁴¹ LAGRASTA, Valeria Ferioli; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane. *Manual de Implantação do Projeto de Gerenciamento de Casos*. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, 2015. p. 5. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/manual_do_gerenciamento_-_28%2010%2020091.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

⁴² FONAME – Fórum Nacional de Mediação, [s.d.]. Página inicial. Disponível em: <https://foname.com.br/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴³ BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação: uma experiência brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: CLA Cultural, 2019. p. 37-38.

⁴⁴ TILKIAN, Rubens Decoussau. *Comentários à Lei de Mediação*. São Paulo: Migalhas, 2016. p. 6.

⁴⁵ GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O mediador na Resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas*. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016. p. 203.

como unidades judiciais aptas a realizar as sessões de mediação e audiências de conciliação.

Diante dos intensos movimentos favoráveis à implementação e à adoção da mediação como método alternativo de solução de conflito, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, em parceria com o CNJ, criou, por meio da Portaria 1.920, de 4 de setembro de 2012, a Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Enam), atualmente sob a responsabilidade da Secretaria Nacional de Justiça, cujas funções eram a capacitação de profissionais, a realização de eventos voltados à disseminação de conhecimento sobre a mediação, bem como o estímulo ao ensino e pesquisa nessa área.

Alguns anos se passaram e, no ano de 2014, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), reiterou a importância da aplicabilidade dos métodos alternativos de solução de conflitos:

Procuraremos, igualmente, estimular formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida, que, afinal, é de todos os seus integrantes. Referimo-nos à intensificação do uso da conciliação, da mediação e da arbitragem, procedimentos que se mostram particularmente apropriados para a resolução de litígios que envolvam direitos disponíveis, empregáveis, com vantagem, no âmbito extrajudicial.⁴⁶

Ainda no ano de 2014, o Conselho Nacional do Ministério Público promulgou a Resolução 118, de 1.º de dezembro de 2014, que também contribuiu para a fixação das bases da mediação, ao passo que existe referência expressa sobre sua utilização.

Considerando a breve digressão fática, em 2015, conforme mencionado na análise do desenvolvimento legal, foi promulgada a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que trata sobre o Código de Processo Civil, o qual prevê expressamente sobre a aplicação da mediação.

⁴⁶ LEWANDOWSKI, Ricardo. *Discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski na presidência do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

Pode-se dizer que o CPC incorporou os métodos alternativos de solução de conflito ao seu texto legal, fazendo valer, ao menos legalmente, a política pública judiciária da adequação dos meios de solução de conflito aos casos apresentados ao Poder Judiciário, traduzido pela teoria do Método Adequado/Alternativo de Solução de Controvérsias (Masc).

Vários são os artigos no CPC que tratam sobre a mediação/conciliação, entre eles:

- (i) artigo 3.º, § 3.º – aborda a responsabilidade do Estado em promover a solução consensual sempre que possível;
- (ii) artigos 165 ao 175 – seção V, dispõem sobre aspectos específicos dos conciliadores e mediadores judiciais;
- (iii) artigo 303, § 1.º, II, e artigo 308, § 3.º – ambos determinam que, mesmo quando deferida tutela antecipada, deverá o réu ser intimado para audiência de conciliação ou mediação;
- (iv) artigo 334 – capítulo V – trata especificamente sobre a audiência de conciliação ou de mediação;
- (v) artigo 359 – cuida da necessidade de o magistrado tentar conciliar as partes na audiência de instrução, ainda que já ocorridas tentativas prévias;
- (vi) artigo 695 – versa especificamente sobre a aplicação da mediação e conciliação nas ações de família; e
- (vii) artigo 565, *caput* e § 1.º – que ventila a possibilidade da utilização do instituto da mediação nos litígios coletivos que versem sobre a manutenção e reintegração de posse.

O CPC, por sua vez, é por excelência o dispositivo legal que introduz a mediação no contexto do processo, prescrevendo determinações que possam funcionar de maneira satisfatória aos auspícios dos jurisdicionados.

A segurança jurídica, aos olhos da sociedade brasileira, está umbilicalmente ligada à normatização do instituto que se pretende fazer aplicar. Nas palavras de Ademir Buitoni:

Até hoje no Brasil e no direito ocidental, de modo geral, cultivamos a ilusão do normativismo. Continuamos a achar que tudo precisa ser regulado, [...] sem o que não seria

possível chegar ao desejado nível de justiça social, de equilíbrio econômico e de bem-estar para o povo.⁴⁷

Nesse sentido, a normatização da mediação caracteriza-se como ponto facilitador no processo de aceitação social do instituto, fazendo-se crer como método eficaz no que toca à resolução de conflitos.

Ademais, dentro dos feitos memoráveis que contribuíram para a construção e solidificação da mediação, é de ressaltar a Portaria 1.351/2018 do Ministério da Educação (MEC), que revisa as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito para inclusão na grade de disciplinas obrigatórias a disciplina que aborda os métodos alternativos de solução de conflito.⁴⁸

Previu-se, no âmbito dessa Portaria, no “item 5.2. Perfil do egresso: geral, competências e habilidades”, que entre o conjunto de competências e habilidades a serem fomentados e desenvolvidos pelos alunos estão “a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflito”, e, em consonância com tal disposição, a redação do artigo 4.º, VI, seria “desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflito”.⁴⁹ Nesse sentido, tem-se que “a política pública da mediação no Brasil caminha a passos largos para ser adotada como procedimento ordinário, no âmbito privado, exercido em instituições especializadas; e no âmbito do Poder Judiciário”.⁵⁰

Nos dias de hoje, muito embora o cenário não seja o mesmo de dez anos atrás, ainda falta reconhecimento social da eficácia da mediação,⁵¹

⁴⁷ BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. *Revista do Advogado*, ano XXVI, n. 87, p. 110, set. 2006.

⁴⁸ Tal fato, na sensível e apurada percepção do Professor Kazuo Watanabe, seria imprescindível para que ocorresse uma mudança social no sentido de modificar a mentalidade paternalista que enxerga na solução judicial a melhor forma e mais nobre para solução de controvérsias (WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça) cit., p. 106).

⁴⁹ BRASIL. *Portaria n.º 1.351, 17 de dezembro de 2018*. Ministério da Educação – Conselho Nacional de Educação. Revisão das Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, p. 13 e 18. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/outubro-2018-pdf-1/100131-pces635-18/file>. Acesso em: 13 jun. 2019.

⁵⁰ BARBOSA, Águida. *A política da mediação e experiência brasileira* cit., p. 15.

⁵¹ “A conciliação, política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2017 foram 12,1% de processos solucionados via conciliação. Apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em dois anos o índice de conciliação cresceu apenas 1 ponto

ainda é preciso evoluir, seja com relação à procedimentalização ou mesmo no tocante às formas de propagação dos métodos alternativos perante a própria coletividade, no sentido de criar a concepção de que sua utilização tem a capacidade de resolver o conflito de maneira mais célere e eficaz, sem a necessidade de recurso ao Poder Judiciário.⁵²

É de observar que ainda são necessários atos normativos que regulamentem de maneira satisfatória a mediação e a atuação do mediador, não obstante existam regulamentações sobre a temática, a exemplo da Resolução 809/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que prevê o recebimento de remuneração pelos conciliadores e mediadores.

Diante dessas ponderações, consoante a colocação feita por Luis Guerrero que entende que “é preciso também uma alteração cultural das partes, especialmente ao estabelecerem os métodos de solução de controvérsias, e uma postura ativa do Judiciário, que não deve interferir nos métodos de solução diversos do processo, e sim incentivá-los”.⁵³

Ultrapassadas as questões de evolução temporal da mediação, passa-se a realizar algumas elucidações quanto aos métodos alternativos de solução de conflito, em especial em torno da mediação, com o escopo de evoluir na temática objeto do presente estudo científico.

percentual. O dado positivo é o crescimento na estrutura dos CEJUSCs em 50,2% em dois anos – em 2015 eram 654 e em 2017, 982. Na próxima edição do Relatório Justiça em Números será possível contabilizar a conciliação na fase pré-processual, o que deve apresentar resultados mais alvissareiros” (CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília, p. 198, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019).

⁵² “Não basta organizar o procedimento de mediação. Os litigantes precisam ser motivados a utilizá-lo. O programa de mediação da Escola Secundária Byant, por exemplo, teve início com seminários nas salas de aula sobre resolução de conflitos, partindo da premissa de que os alunos familiarizados com a mediação estariam motivados para a pôr em prática em caso de litígio. Noutro contexto, as pessoas que vão a tribunal são incentivadas pelos funcionários judiciais ou pelo juiz a recorrer à mediação” (URY, Willian; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. *Resolução de conflitos: concepção de sistemas para reduzir os custos dos conflitos*. Portugal: Actual Editora, 2009. p. 89).

⁵³ GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflito e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

1.2 Definição teórica da mediação

Após traçar o panorama histórico de determinado instituto jurídico, razoável que se delimite sua definição teórica. Dessa forma, de acordo com a redação do parágrafo único do artigo 1.º da Lei de Mediação, entende-se por mediação: “A atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Analisando a prescrição legal supratranscrita, é válida sua fragmentação, visando um estudo mais assertivo sobre o instituto, em (i) atividade técnica; (ii) terceiro imparcial; (iii) sem poder decisório; (iv) escolhido ou aceito; e (v) auxilia e estimula.

No que diz respeito à atividade técnica, ela se caracteriza pela habilitação legal e conhecimentos específicos que aquele que pretende exercê-la possui sobre o objeto em questão.

Assim, distingue-se a qualificação do mediador que atuará na esfera privada daquele que atuará na esfera pública/judicial, porque no âmbito judicial, além da capacidade civil, o mediador deve ser graduado há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo MEC e possuir certificação de curso de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, enquanto no âmbito privado basta que as partes confiem no mediador para que os atos praticados por ele sejam aceitos pelas partes.⁵⁴

⁵⁴ “Art. 9.º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se. Art. 11. 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 instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (BRASIL. *Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2.º do art. 6.º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm. Acesso em: 13 jun. 2019).

Certamente, aquilo que está disposto na lei sobre as características do mediador judicial se relaciona com as formalidades que o ordenamento jurídico exige para que os atos praticados pelo mediador sejam assertivos e observem a alta qualidade e eficácia do acordo a ser firmado entre as partes.

Ocorre que, apesar de a lei não dispor especificamente sobre a necessidade de o mediador privado possuir certificação, quando se está diante de um cenário em que o que se pretende é assegurar o acesso à justiça, o mais aconselhável é certificar-se de que aquele que atuará como mediador perante as partes tenha, além da confiança delas, amplo conhecimento e experiência nas técnicas disponíveis para garantir o bom resultado da mediação.

O item (ii), que trata sobre a imparcialidade daquele que realiza a prática da mediação, presta-se não apenas para determinar a conduta do mediador – que obviamente deve ser neutra e alheia a todas as partes envolvidas no conflito mediado –, como também para equilibrar a relação que será mediada.⁵⁵

Portanto, é correto afirmar que aquele que mediar um determinado conflito deverá se atentar ao princípio da isonomia⁵⁶ entre as partes que, ao fim e ao cabo, tem como objetivo a garantia de um tratamento equivalente e equidistante do mediador em relação aos envolvidos e ao litígio.

Em consonância com o exposto está a colocação feita por José Ricardo Suter: “A imparcialidade do mediador deve ocorrer durante todo o procedimento, prezando pela sua principal função que é estabelecer a

⁵⁵ “The mediator has to think about impartiality from two divergent viewpoints: First, you want to facilitate fairly, without favoring any particular person or position. This means mentally setting aside your own biases, personal experiences, and judgments. Second, you need to monitor the parties perceive you as impartial, knowing they may be desperate or suspicious enough to read all kinds of bias into your behavior that isn’t there” (BEER, Jeniffer E.; PACKARD, Caroline C. *The Mediator’s Handbook*. Rev. and expanded. 4th ed. Canada: New Society Publisher, 2012. p. 77). Tradução livre: O mediador deve pensar na imparcialidade a partir de dois pontos de vista divergentes: primeiro, você deseja facilitar de maneira justa, sem favorecer nenhuma pessoa ou posição, em particular. Isso significa mentalmente deixar de lado seus próprios preconceitos, experiências pessoais e julgamentos. Segundo, você precisa monitorar as partes que o percebem como imparcial, sabendo que elas podem estar desesperadas ou em dúvida o suficiente para ler todo tipo de preconceito em seu comportamento que de fato pode não existir.

⁵⁶ Princípio orientador da mediação, previsto no art. 2.º da LMed e definido a partir do tratamento jurídico igualitário a ser despendido para as partes envolvidas em uma controvérsia.

comunicação entre as partes para que alcancem um resultado satisfatório e útil”.⁵⁷

O princípio da isonomia, sob a perspectiva da mediação, diz respeito ao comportamento do mediador diante das partes, ao passo que ele deve se manter equidistante e neutro durante todo o procedimento, garantindo assim o desenvolvimento de suas atividades de maneira imparcial e igualitária.

A imparcialidade, contudo, não deve se confundir com a flexibilidade do método, isso porque o mediador, a partir de suas percepções a respeito das posições, interesses e pedidos das partes, pode se utilizar das mais variadas técnicas para se chegar a um ponto comum entre elas. Segundo Rory Macmillian, “Mediation is flexible. It can be tailored to accommodate the needs of the parties”.⁵⁸ Certamente, deve-se equilibrar o uso desses instrumentos para com ambas as partes, mas nem sempre o mesmo instrumento utilizado com uma delas será essencial para o desenvolvimento do trabalho com a outra.

Ademais do conhecimento técnico e do dever de agir com total imparcialidade em relação às partes, é válido destacar que o mediador não tem poder decisório no tocante à questão em que está atuando, ou seja, de acordo com o item (iii) a ser analisado, do mediador não emana nenhuma determinação, seja ela legal ou meramente moral. Nesse mesmo sentido, Ademir Buitoni pondera:

O mediador, diferentemente do Juiz, não dá sentença; diferentemente do árbitro, não decide; diferentemente do conciliador, não sugere soluções para o conflito. O mediador fica no meio, não está nem de um lado e nem de outro, não adere a nenhuma das partes.⁵⁹

A reflexão sobre a ausência de poder decisório do mediador pode remeter à ideia de ausência de jurisdição,⁶⁰ a qual é própria dos métodos

⁵⁷ SUTER, José Ricardo. *Mediação no direito de família: gestão democrática de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 31-32.

⁵⁸ MACMILLIAN, Rory. *A Practical Guide for Mediators. Macmillian Keck Attorneys & Solicitors*, p. 6. Disponível em: <<http://www.macmillankeck.pro/media/pdf/A%20Practical%20Guide%20for%20Mediators.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019. Tradução livre: A mediação é flexível. Ela pode ser adaptada visando acomodar as necessidades das partes.

⁵⁹ BUITONI, Ademir. *A ilusão do normativismo e a mediação cit.*, p. 111.

⁶⁰ “A função jurisdicional ou jurisdição é o poder-dever de se aplicar autoritariamente as normas jurídicas, mediante a substituição de uma atividade pública por uma alheia,

heterocompositivo-adversariais, afastando o mediador da função de dirimir a controvérsia a partir da aplicação da lei ao caso concreto, em que o resultado obtido a partir de todos os atos processuais substitua a vontade própria das partes.⁶¹

No que toca ao item (iv), este ainda diz respeito à figura do mediador, na medida em que determina que esse terceiro imparcial, com conhecimentos específicos, deva ser escolhido pelas partes envolvidas no conflito a ser mediado.

Novamente, surge a questão que inclui, de um lado, a mediação privada e, de outro, a mediação pública/judicial, pois, no mais das vezes, no momento em que a demanda judicial é submetida à mediação pela autoridade judicial, as partes não escolhem a figura daquele que mediará seu conflito, estando a cargo do administrador dos Cejusc seu direcionamento a um mediador credenciado naquele Centro.

Logo, ousa-se afirmar que o âmbito privado garante a mediação por excelência, visto que nesse ambiente as partes de comum acordo optam pela livre escolha de um mediador com aptidões tantas quantas lhes parecerem necessárias para condução do conflito.⁶²

diante das questões contenciosas. Assim a jurisdição exercita-se através de ordens gerais e abstratas, que equivalem a ordens legais, porquanto dessumidas das lei, e, eventualmente, dos costumes, equidade, princípios gerais do direito, analogia, pois, na aplicação da lei, o juiz deverá levar em conta os fins sociais a que os preceitos normativos se dirigem e as exigências do bem comum” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 931).

⁶¹ “This characteristic distinguishes the mediator from a judge or arbitor, who is generally empowered by government, law, ow willings of the disputants to allow the third party to determine with of the disputants is right or wrong or guilty or innocent, and what measu- res are able to be taken by one or more parties, or, in some judicial proceedings in with the state is party, to redress past actions, violations, or harm” (MOORE, Cristopher W. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2014. p. 18). Tradução livre: Essa característica distingue o mediador de um juiz ou árbitro, geralmente habilitado pelo governo, pela lei, a vontade dos disputantes de permitir que o terceiro determine se estão certos ou errados, se são culpados ou inocentes, e quais medidas podem ser tomadas por uma ou mais partes ou, em alguns processos judiciais com o Estado como parte, reparar ações passadas, violações ou danos.

⁶² Assim, o conflito deve ser interpretado como “elemento propulsor de mudanças pessoais e sociais [...], oportunidade para crescer e aumentar a compreensão sobre nós mesmos, sobre os outros e sobre nossa estrutura social” (LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. Tradução Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 11).

Com relação ao item (v), que diz que o mediador deve estimular e auxiliar as partes, é possível traduzir essa obrigação de fazer do mediador a partir de seu papel de facilitador. Cumpre ao mediador incentivar as partes a enxergar seus conflitos sob a ótica de opções de solução, independentemente de se chegar a um acordo, a atitude do mediador deve ser a mais proativa possível.

A flexibilidade que dispõe o mediador em seu papel de facilitador remete à ideia de informalidade do procedimento prevista no artigo 2.º, IV, da Lei de Mediação. Entretanto, diante do próprio instituto normativo mencionado, não há como afirmar que a mediação esteja desprendida de toda e qualquer forma, principalmente no que se refere aos conflitos judicializados e encaminhados à mediação, tal característica se refere à comunicação que acontece entre as partes com a colaboração do mediador na construção do desfecho da mediação.

Na maioria das vezes, a comunicação entre pessoas se dá de maneira informal, sem padrões jurídicos impregnados nas falas dos participantes e sem regras estabelecidas quanto à ordem em que cada parte deve se manifestar, o que contribui diretamente para a composição dos envolvidos,⁶³ o que – acredita-se – gera o necessário conforto e naturalidade para a redução de barreiras para a autocomposição das partes litigantes.

Sem prejuízo da definição trazida pela lei brasileira de mediação sobre seu objeto, Ricardo Pereira Júnior, juiz de direito do Estado de São Paulo, na obra coordenada por Rubens Tilkean, acrescenta dois elementos complementares aos legais, quais sejam: a diversidade de matérias passíveis de se submeter à mediação e níveis de complexidade, os quais não são vistos como limitadores de sua aplicação:

A mediação surge como um produto refinado, apto também ao atendimento de situações de alta complexidade social, econômica e jurídica, que permite a solução progressiva de pontos conflituosos. Não obstante, trata-se de procedimento voluntário, de escopo amplo – maior até do que a arbitragem – com elasticidade de métodos de trabalho, fórmulas e ferramentas.⁶⁴

⁶³ SUTER, José Ricardo. *Mediação no direito de família: gestão democrática de conflitos* cit., p. 28.

⁶⁴ TILKEAN, Rubens Decoussau. *Comentários à Lei de Mediação* cit., p. 31.

No mesmo sentido, Andrew Acland aduz que qualquer controvérsia pode ser submetida à mediação:

La mediación es la llave inglesa de la caja de herramientas de la solución de las disputas. Puede utilizarse en un ambiente formal para dirimir querellas multimillonarias, o en la sala de estar de una vivienda familiar para solucionar un problema con los vecinos. Puede servir para conciliar los intereses en pugna de empresarios, gobierno local y especialistas en medio ambiente en una compleja disputa sobre el uso de la tierra, y puede ayudar a generar confianza y comprensión entre personas de diferentes orígenes raciales en la comunidad de un barrio marginal.⁶⁵

A mediação é um processo voltado ao tratamento do conflito para que este seja solucionado, em que o mediador é capaz de contribuir com o conflito existente entre as partes, de modo a fazê-los dialogar (deve-se entender o falar e ouvir de uma parte para com a outra) e, gentilmente, resolver aquilo que possa estar desestabilizando a relação.⁶⁶ Nesse ponto, é importante frisar que o mediador deve agir de modo a fomentar um ambiente em que as partes cooperem umas com as outras e que sejam capazes de enxergar além do individual, abrindo o horizonte para o coletivo.⁶⁷

A definição de Adolfo Braga relativa à mediação oferece um bom panorama doutrinário do instituto:

A mediação de conflitos pode ser definida como um processo em que um terceiro imparcial e independente ajuda, em reuniões separadas ou conjunta com as pessoas envolvidas em conflitos, sejam elas físicas ou jurídicas, a promover um diálogo diferente daquele decorrente da interação existente

⁶⁵ ACLAND, Andrew Floyer. *Como utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona: Paidós Iberica, 1993. p. 8.

⁶⁶ “A mediação se expressa pela linguagem da interdisciplinaridade, portanto as ciências humanas são recepcionadas nas relações jurídicas, para ampliar a compreensão dos conflitos familiares. Esse conhecimento, assim estruturado, visa à integração dos diversos saberes, das diferentes disciplinas – direito, psicanálise, psicologia, sociologia, filosofia etc. – fortalecendo, sobretudo, as ciências jurídicas” (BARBOSA, Águeda Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 55).

⁶⁷ “Improving relationships involves helping parties assess the kinds and quality of connections and interactions they want or need with each other during the negotiation process and in the future to effectively address areas of disagreement and move forward to achieve their goals” (MOORE, Christopher W. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* cit., p. 22) Tradução livre: Melhorar o relacionamento envolve ajudar as partes a avaliar os tipos e a qualidade das conexões e interações que desejam ou precisam entre si durante o processo de negociação e no futuro para abordar efetivamente áreas de desacordo e avançar para alcançar seus objetivos.

por força do conflito. O papel desse terceiro é o de acompanhar e apoiar mudanças daquela interação, as quais naturalmente ocorrerão caso o diálogo efetivamente ocorra, podendo ou não levar à criação de soluções que atendam a todos os envolvidos. Na hipótese de se construírem alguma solução ou soluções, quase sempre cumprem espontaneamente os compromissos assumidos.⁶⁸

Outra definição que se mostra bastante razoável e ponderada é aquela feita por Gary Friedman e Jack Himmelstein:

Mediation is a voluntary process in which the parties make decisions together based on their understanding of their own views, each other's, and the reality they face. The mediator works as a non-coercive neutral to help the parties negotiate an agreement that serves them better than their alternatives.⁶⁹

Em síntese, pode-se dizer que mediação é uma técnica de solução de conflito, pela qual um terceiro imparcial facilita o diálogo entre as partes conflitantes no sentido de colaborar na construção de pontes para que assim seja possível a resolução da questão por elas mesmas.⁷⁰

A satisfação daqueles que, voluntariamente, participam da mediação, seja judicial, seja extrajudicial, fundamenta-se na percepção de que as partes têm com relação a sua atuação como protagonista. A participação direta na construção do acordo fomenta o sentimento de ter alcançado o bom termo, em oposição à solução do processo judicial, que determina, de um lado, o perdedor e, de outro, o vencedor, retornando à fuga da lógica do perde-ganha

⁶⁸ BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação: uma experiência brasileira* cit., p. 89.

⁶⁹ FRIEDMAN, Gary; HIMMELSTEIN, Jack. *Challenging conflict: mediation through understanding*. Chicago: ABA – American Bar Association Publishing, 2009. p. 31. Tradução livre: A mediação é um processo voluntário no qual as partes tomam decisões juntas baseadas em suas próprias visões e na da parte contrária, bem como na realidade que enfrentam. O mediador funciona como uma figura neutra, sem caráter impositivo em relação ao que as partes devem decidir, atuando no sentido de ajudá-las a negociar um acordo que as sirva melhor do que suas alternativas particulares.

⁷⁰ “Mediation can sometimes work spectacular well. The participants resolve problems, let go their sense of grievance, and mend broke relationships. [...] Mediation gives people the chance to air their wound. Intense conflict tends to generate misunderstanding and suspicion; many of these evaporate when the parties are able to talk directly” (BEER, Jeniffer E.; PACKARD, Caroline C. *The Mediator's Handbook* cit., p. 3). Tradução livre: Às vezes, a mediação pode funcionar muitíssimo bem. Os participantes resolvem seus problemas, abandonam o sentimento de queixa e consertam os relacionamentos frustrados. [...] A mediação dá às pessoas a chance de expor sua ferida. Conflitos intensos tendem a gerar mal-entendidos e suspeitas; muitos deles não se perpetuam quando as partes conseguem conversar diretamente.

já descrita por Confúcio e mencionada anteriormente no presente estudo, nesse sentido: “While law is more ‘black and white’, mediations recognizes the legitimacy of both parties’ self-interests and seeks ways to reconcile them”.⁷¹

Além de todas as características apresentadas, são pontos essenciais para o resultado da mediação o sigilo e a confidencialidade. Desde logo, é importante delimitar a aplicabilidade de cada um deles para que não se confundam: o sigilo relaciona-se ao ato de transmissão oral dos argumentos trazidos pelas partes, enquanto a confidencialidade diz respeito à impossibilidade de reprodução do conteúdo apresentado à sessão, independentemente da finalidade pretendida,⁷² o que garante conforto às partes expor de forma mais aberta suas observações sobre o objeto da controvérsia.

Nesse sentido, como aponta Luis Guerrero, o fato de o procedimento mediativo ser sigiloso, tal qual outros métodos alternativos de solução de controvérsia, incentiva de certa maneira a disseminação da cultura que busca encontrar a solução do conflito por esses meios, pois o sigilo, no mais da vezes, evita a inibição que alguma ou ambas as partes possam ter com relação à exposição das razões e causas da situação conflituosa.⁷³

Ademais, por ter a mediação como objeto principal os interesses e as necessidades das partes,⁷⁴ é de suma importância as partes se utilizarem da exposição dos fatos a partir de sua argumentação própria sem o receio de que aquilo que for dito possa ser futuramente utilizado em seu desfavor.

No mesmo sentido, Fernanda Tartuce entende que:

Para que os participantes da sessão consensual possam se expressar com abertura e transparência, é essencial que se sintam protegidos em suas manifestações e contem com a

⁷¹ CLOKE, Kenneth. *Mediation Training Manual: for beginning, intermediate and advanced mediators*. Santa Monica, CA: Center for Dispute Resolution, 2017. p. 10. Tradução livre: Ao passo que a lei seja mais “preto e branco”, as mediações reconhecem a legitimidade dos interesses próprios de ambas as partes e buscam maneiras de reconciliá-las.

⁷² HAYNES, John M.; MARODIM, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p. 46.

⁷³ GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflito e o processo civil* cit., p. 151.

⁷⁴ “[...] a mediação auxilia a encontrar as necessidades dos clientes, as quais são frequentemente maiores e mais importantes que seus direitos” (HAYNES, John M.; MARODIM, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar* cit., p. 47).

garantia de que o que disserem não será usado contra eles em outras oportunidades.⁷⁵

Além de confidencial e sigilosa, a mediação é voluntária, isto é, não há nada que obrigue às partes a submeter seu conflito à mediação, nesse ponto prepondera a autonomia da vontade no sentido de participar ou não do procedimento, em outras palavras, o que se tem é que a “participação deve ser voluntária; caso alguém queira interromper ou suspender sua atuação, isso é obviamente possível”.⁷⁶

Portanto, a prescrição do CPC relativa à sessão prévia de mediação deve ser interpretada como um ato em prol da disseminação da política judiciária favorável ao Masc, devendo funcionar essa sessão como pedagógica, no sentido de explicar para as partes como ocorre a aplicação prática da técnica e se elas estão dispostas a seguir por esse caminho alternativo.⁷⁷ Tal colocação é apenas contra-argumento para a alegação de que a previsão legislativa das sessões pelo CPC lhes tiraria o caráter voluntário das partes.

De acordo com o entendimento da Professora Ada Pellegrini Grinover, a mediação se traduz por um procedimento cooperativo, que trabalha com as emoções envolvidas no conflito, com as inabilidades subjetivas de as partes conseguirem se comunicar, criando-se, por meio de sua aplicação, um ambiente em que predominam o equilíbrio e o respeito entre as partes conflitantes, o que as possibilita chegar a um acordo exequível, advindo do total comprometimento delas para com a solução encontrada.⁷⁸

A mediação é um procedimento prospectivo, ao passo que foca as relações futuras pensadas a partir da resolução do conflito ora apresentado.

⁷⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 234.

⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 213.

⁷⁷ “Los métodos alternativos de resolución de conflicto son herramientas amplias e integrales de pacificación, pues reduce los niveles de conflictividad, ayudando a desarrollar un comportamiento modificador de la actitud de las partes hacia el conflicto. Utilizamos el término de autocomposición en el sentido de que las partes solucionan el conflicto por ellas mismas. Cuando la autocomposición es posible, se produce una recuperación de la confianza y más responsabilidad en la búsqueda de una solución. Como corolario, aparecerá un mayor compromiso en el cumplimiento del acuerdo, lo que provocará un cambio en el comportamiento” (FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica*. Mendoza: Zeta Editores, 2006. p. 37).

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo* cit., p. 67-68.

Nesse sentido, “se trabaja con el presente, aquí y ahora, pero con mirada hacia el futuro, porque el pasado es inmutable y no puede cambiarse. Tampoco se buscan culpas o responsabilidades”.⁷⁹

A solução traduzida pelo acordo não é o principal foco da aplicação da técnica, pois seu objetivo é retirar as partes de suas posições iniciais,⁸⁰ fazendo-as com que, a partir do encontro de verdadeiros interesses e necessidades, sua relação pessoal melhore, podendo a partir de então se construir um acordo que atenda à necessidade de ambas.⁸¹

O Professor Kazuo Watanabe vai além de todos esses elementos e afirma que a mediação, uma vez bem estruturada e praticada de forma adequada, pode ser considerada um instrumento hábil à estruturação da sociedade civil, ao passo que garante a participação de vários segmentos sociais na obra coletiva, de construção de uma sociedade mais harmoniosa, coesa e com acesso à ordem jurídica justa.⁸²

Por último, antes de diferenciar a mediação dos demais métodos alternativos de solução de conflitos, deve-se mencionar que o ponto de contato da evolução histórica do instituto jurídico nos vários países do mundo, cada qual com sua conceituação específica, deu origem às distintas escolas doutrinárias da mediação, também denominadas como métodos de desenvolvimento dos trabalhos.

⁷⁹ FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica* cit., p. 76.

⁸⁰ “Taking a position leapfrogs directly from problem to solution. And that solution may or may not address the underlying interest even of the person proposing the solution. Once at the table, however, positions can be a hindrance. Because the roots of the conflict are not explicit considered, negotiating a compromise between positions is more likely to produce a limited, unimaginative, and fragile agreement” (BEER, Jeniffer E.; PACKARD, Caroline C. *The Mediator’s Handbook* cit., p. 113). Tradução livre: Assumir uma posição dá um salto diretamente do problema para a solução. E essa solução pode ou não atender ao interesse subjacente da pessoa que a propôs. Uma vez na mesa, no entanto, as posições podem ser um obstáculo. Como as raízes do conflito não são explicitamente consideradas, negociar um compromisso entre posições tende a produzir um acordo limitado, pouco inovador e frágil.

⁸¹ No mesmo sentido entende a Professora Maria Berenice Dias: “O mediador favorece o diálogo na construção de alternativas satisfatórias para ambas as partes. A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017. p. 75).

⁸² WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça) cit., p. 106.

Inicialmente, apresenta-se o *método linear*, desenvolvido no âmbito da HLS, que insere a mediação no contexto da negociação, sendo o foco da aplicação da técnica a busca de vantagens mútuas viabilizada pela separação da pessoa do problema, do foco nos interesses, e não nas posições, na criação de opções para resolução do conflito e na exploração de alternativas.⁸³

Sob a perspectiva desse método, não há como negar que o acordo é o que movimenta muitos dos atos praticados, pois ele é de grande importância para as partes e para o mediador, que desenvolve seus trabalhos seguindo tais ensinamentos.⁸⁴

Esse modelo se apresenta a partir da lógica do ganha-ganha, com a diminuição de diferenças entre as partes, sendo seus componentes a comunicação, o relacionamento, as opções e as alternativas, além dos interesses das partes – no que se convencionou chamar de mediação avaliativa. Nesse modelo, não há muito que falar em elementos subjetivos, os quais, normalmente, são distanciados do cerne da discussão para que não interfiram no objetivo central da questão.⁸⁵

Outrossim, pode-se dizer que o conflito, a partir dessa perspectiva, é visto como resultado dos interesses e posições opostos que as partes podem desenvolver, preponderando, portanto, sua visão negativa, ou seja, aquela que se alimenta de fatos do passado, ignora a essência das relações, trata as partes como adversários e se buscam vantagens pessoais.⁸⁶

O *método transformativo*, desenvolvido por Bush e Folger primordialmente em sua obra conjunta *The Promise of Mediation*, seguido por Léderach, concentra-se nas relações pessoais, representando o acordo entre as partes, mera consequência do bom relacionamento fomentado pelo mediador.

É bem verdade que o conflito a partir dessa concepção nada mais é do que uma oportunidade de melhorar o ser humano no que diz respeito a

⁸³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 175.

⁸⁴ FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica* cit., p. 85.

⁸⁵ GOLDBERG, Flavio. *Mediação em direito de família: aspectos jurídicos e psicológicos*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 25.

⁸⁶ FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica* cit., p. 45.

seus relacionamentos.⁸⁷ A mediação, dentro dessa lógica, é essencialmente um ato comunicacional em que, a partir do empoderamento das partes, elas passam a se enxergar como pessoas com necessidades próprias, o que, conseqüentemente, tem a capacidade de modificar o relacionamento entre elas.⁸⁸ Assim, pode-se dizer que “mediation works because the motivation of disputants is made the center and object of the process.”⁸⁹

Com a aplicação prática desse método, percebe-se o intenso esforço para se trabalharem as diferenças com o propósito único de solucionar o conflito a partir da modificação e melhoria do relacionamento das partes, e nesse ponto se buscam vantagens mútuas e o tempo é utilizado para que se desenvolvam alternativas viáveis.⁹⁰ Portanto, o conflito é visto como característica inerente à sociedade, apresentando-se como verdadeira oportunidade de crescimento.⁹¹

E, por fim, mas não menos importante, o *método circular narrativo*, estudado e desenvolvido por Sara Coob. O pensamento desenvolvido a partir dessa escola é o de que o conflito nasce da experiência social e cultural diversa experimentada pelas partes.

O objetivo principal desse modelo é explorar a comunicação a fim de possibilitar uma modificação na narrativa das partes, resultando na mudança da realidade.⁹² Logo, o conflito, dentro desse sistema, é um processo mental mutável que se faz a partir da criação de condições racionais comuns em um ambiente em que não exista a dominação de uma das partes sobre a outra.

A aplicação desses métodos varia de acordo com o país no qual se desenvolve a mediação, visto que cada um tem uma cultura voltada para

⁸⁷ LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos* cit., p. 31.

⁸⁸ FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica* cit., p. 88.

⁸⁹ CLOKE, Kenneth. *Mediation Training Manual: for beginning, intermediate and advanced mediators* cit., p. 13. Tradução livre: A mediação funciona porque a motivação dos disputantes é o centro e o objeto do processo.

⁹⁰ “It’s importante to note that transformational mediators believe that reaching an agreement or settlement may or may not be importante, unless such an agreement is combined with a genuine change in the parties’ reaction” (MOORE, Christopher W. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, cit., p. 35). Tradução livre: É importante observar que os mediadores transformacionais acreditam que chegar a um acordo ou acordo pode ou não ser importante, a menos que tal acordo seja combinado com uma mudança genuína na reação das partes.

⁹¹ FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica* cit., p. 44.

⁹² GOLDBERG, Flavio. *Mediação em direito de família: aspectos jurídicos e psicológicos* cit., p. 25.

um ponto específico de exploração. No caso do Brasil, atualmente, o que se percebe é a tentativa de mesclar todos os métodos de forma a criar um perfil que seja aceito pelas partes e que dentro de suas perspectivas lhes proporcione o melhor aproveitamento e as direcione para seus objetivos.

1.3 Diferenciação da mediação e demais formas de solução alternativa de conflito

É comum a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem serem confundidas por aqueles que não possuem conhecimento mais aprofundado do tema, porque, essencialmente, todas essas práticas se direcionam no sentido da propagação da cultura da pacificação,⁹³ visto que diminuem o nível de conflitualidade entre as partes, ajudando-as, de certa forma, a desenvolver um comportamento proativo diante de determinada situação conflituosa, bem como de reduzir os litígios passíveis de submissão ao Poder Judiciário.

Embora popularmente classificados como métodos alternativos de solução de conflito,⁹⁴ cada um deles possui características próprias, o que os torna, essencialmente, diferentes entre si. Assim sendo, a primeira distinção possível de se fazer é aquela que separa os métodos adversariais – heterocompositivos – dos métodos não adversariais – autocompositivos.

Naquele, há imposição de uma decisão de cunho obrigatório proferida por um terceiro imparcial, juiz ou árbitro, em que a vontade das partes é suprida por uma decisão emanada de alguém que não elas mesmas⁹⁵. Nas palavras

⁹³ WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça) cit., p. 79.

⁹⁴ Os métodos alternativos de solução de conflito não pressupõem o distanciamento do Poder Judiciário na tutela de direitos, tampouco a inobservância do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e desse mesmo modo está a colocação feita pelo Prof. Kazuo Watanabe: “O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5.º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça) cit., p. 82).

⁹⁵ “The adversary system frequently reduces complex conflicts to simplistic black-and-white arguments and produces legal based solutions that don’t respond to the individuality of human experience” (FRIEDMAN, Gary J. *Inside out: how conflict professional can use self-reflection to help their clients*. Chicago: ABA – American Bar Association Publishing, 2014. p. 15) Tradução livre: O sistema heterocompositivo frequentemente reduz conflitos complexos a argumentos simplistas e produz soluções jurídicas que não correspondem

de Luiz Antonio Scavone Junior,⁹⁶ “a heterocomposição é a solução do conflito pela atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença, a norma aplicável ao caso que lhe é apresentado”.

Por seu turno, na autocomposição verifica-se a construção de um acordo pelas próprias partes a partir dos esforços empreendidos na resolução do conflito, deixa-se de lado a percepção de um sistema essencialmente positivo ou impositivo, passando-se a se preocupar com a realidade social do indivíduo que tem um problema e busca sua solução, ou seja, fatores subjetivos (psicológicos, econômicos, sociológicos, financeiros) diminuem a importância da característica intervencionista da legislação e empodera as partes no sentido de lhes conceder a escolha do melhor acordo para seus interesses.

O procedimento autocompositivo não se presta apenas para efetivar a realização dos direitos e pretensões das partes envolvidas,⁹⁷ serve também como forma de restabelecer os vínculos que suportam a relação entre elas de modo a conscientizá-las de que podem cuidar diretamente de seus conflitos, levando em conta suas reais necessidades, interesses e especificidades da relação.

Essencialmente, a negociação, a conciliação e a mediação classificam-se como métodos não adversariais em que, respeitadas suas peculiaridades, as partes atuam conjuntamente, cooperando entre si, na busca de alternativas viáveis capazes de solucionar a questão controvertida.

A arbitragem, por sua vez, está inserida no rol dos métodos adversariais, visto que durante todo o seu transcurso as partes se enfrentam e se mantêm em posições antagônicas, sendo necessário que o terceiro imparcial julgador decida por elas aquilo que deve ou não ser feito.

Classificando-se como método adversarial em que as partes não conduzem os atos a serem praticados até que se alcance a resolução do conflito, a arbitragem traz consigo a necessidade de prescrições legais sobre

à individualidade da experiência humana.

⁹⁶ SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 9.

⁹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRIONOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 51-52.

procedimento, e no Brasil a Lei 9.307 de 1996 é o dispositivo que dispõe sobre a matéria.

Para o Professor Carlos Carmona, a arbitragem conceitua-se como técnica de solução de controvérsias na qual uma ou mais pessoas que receberam poderes jurisdicionais por meio de uma convenção privada firmada entre as partes envolvidas decidam o conflito seguindo as prescrições determinadas nessa convenção, sem a intervenção estatal, tendo essa decisão a força e as mesmas características de uma sentença judicial.⁹⁸

Andrew Acland entende que, embora a arbitragem possa, na prática, resultar em um processo mais rápido, a sentença arbitral se caracteriza como resultado de um processo que envolve adversários e juízos de valor opostos baseados em prescrições legais, sendo os gastos mais elevados quando comparados a outros procedimentos alternativos.⁹⁹ Dessarte, a arbitragem distancia-se dos demais métodos alternativos de solução de conflito, ao passo que se caracteriza pela coercibilidade com relação ao conflito que a ela se submete e pela conseqüente capacidade de colocar fim a esse conflito.¹⁰⁰

A partir desse primeiro nível de distinção entre métodos autocompositivos e heterocompositivos, podem-se, ainda, dividir os métodos autocompositivos a partir de outra classificação, tomando em consideração a participação ou não de um terceiro imparcial auxiliar.

Nas situações em que a figura do terceiro interventor puder ser dispensada em decorrência do fato de as partes, por si mesmas, serem capazes de propor alternativas e com base nelas chegar a uma solução, estar-se-á diante do método da negociação, nas palavras de Christophe Dupont:

[...] la négociation est une activité doive qui met face deux ou plusieurs acteurs qui, confrontés à la fois à des divergences et à des interdépendances, choisissent (ou trouvent opportun) de rechercher volontairement une solution mutuellement

⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 19.

⁹⁹ ACLAND, Andrew Floyer. *Como utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones* cit., p. 15.

¹⁰⁰ CNJ. *Manual de Mediação Judicial*. Organização André Gomma de Azevedo. 6. ed. Brasília, 2016. p. 24. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

acceptable qui leur permette de créer, maintenir ou développer (ne fût-ce que temporairement) une relation.¹⁰¹

A negociação deve ser compreendida como método em que a boa comunicação existente entre as partes envolvidas no conflito é a essência do resultado possível de ser obtido.

Esse método é, até os dias de hoje, profundamente estudado no PON, criado no ano de 1983, na HLS, e o programa surge com a proposta de desenvolver a teoria e a prática da negociação, o que é realmente intentado a partir da realização de pesquisas, cursos, publicações e eventos que envolvem uma multiplicidade profissional, com traços claros de interdisciplinaridade, o que garante, por sua vez, o estudo do conflito a partir dos instrumentos idealizados para aplicação prática na negociação.¹⁰²

Em contrapartida, quando necessária a presença da figura do terceiro auxiliar, poder-se-á estar diante da conciliação ou da mediação, a depender de outra classificação a ser analisada na sequência.

No que tange à atuação do terceiro imparcial, como anteriormente mencionado, surge outra subdivisão que pode ser feita para distinguir os métodos da conciliação e mediação, qual seja: a possibilidade ou não de intervenção direta do terceiro auxiliar na situação conflituosa.

Intervenção direta traduz-se pela ideia de o terceiro imparcial poder ou não emitir suas opiniões sobre a causa, bem como encaminhar as partes para uma solução. De acordo com a descrição do CNJ, a conciliação é:

[...] processo consensual breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro à disputa, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa para ajudá-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou acordo.¹⁰³

¹⁰¹ DUPONT, Christophe. *La négociation*. Conduite, théorie, applications. 3^e éd. Paris: Dalloz, 1990. p. 11. Tradução livre: Negociação é uma atividade que envolve dois ou mais atores que, diante de divergências e interdependências, escolhem (ou acham apropriado) buscar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável que lhes permita criar, manter ou desenvolver (se apenas temporariamente) um relacionamento.

¹⁰² Disponível em: <https://www.pon.harvard.edu/about/welcome/>. Acesso em: 10 set. 2019.

¹⁰³ CNJ. *Manual de Mediação Judicial* cit., p. 22-23.

Nas hipóteses em que o terceiro intervém diretamente no conflito, estar-se-á diante do método da conciliação; por outro lado, nos casos em que o terceiro simplesmente atua como facilitador do diálogo entre as partes, estar-se-á perante a mediação:

Mediation does not involve the mediator telling the participants the solution – or even venturing suggestions. It is for the participants themselves to find, with the mediator’s assistance, and to agree a solution that meets their needs, concerns, and interests. Control remains with the participants.¹⁰⁴

Em resumo, podemos delimitar e qualificar esse conjunto à parte da seguinte definição:

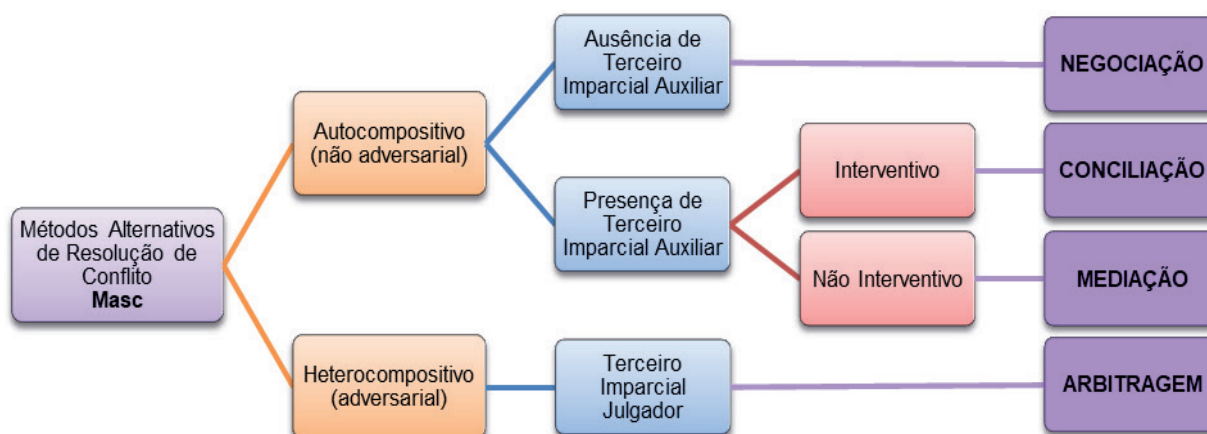
No Brasil, a autocomposição pode ser dividida em três modalidades, quais sejam, a negociação: quando o acordo é firmado entre as partes, sem que haja a intervenção de terceiros, mediação: quando o acordo é firmado na presença de um terceiro imparcial, que ajudará na manutenção da ordem e do diálogo, e a conciliação: quando existe a presença de um terceiro imparcial, interferindo com fatos e informações relevantes sobre o litígio, buscando a melhor forma de solucionar o impasse.¹⁰⁵

Para melhor visualização e elucidação das características peculiares de cada instituto jurídico, em face das classificações anteriormente determinadas, realizamos o quadro sinóptico a seguir:

¹⁰⁴ DINGLE, Jonathan; KELBIE, Judith. *The Mediation Handbook: the essential guide to contemporary mediation*. United Kingdom: London School of Mediation, 2013. p. 15. Tradução livre: A mediação não envolve o mediador como alguém que diz aos participantes a solução – ou mesmo faz a eles sugestões. São os próprios participantes que as encontram, com a assistência do mediador, e concordarem com uma solução que atenda às suas necessidades, preocupações e interesses. O controle permanece com os participantes.

¹⁰⁵ PERPETUO, Rafael Silva; MIRANDA, Vanessa D. M.; NABHAN, Francine A. R. F.; ARAÚJO, Jackeline N. P. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação. *Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo*, v. 24, n. 2, p. 8, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

Figura 1 – Aplicação prática dos Masc



Fonte: elaborado pela autora.

Por derradeiro, tem-se que outro critério passível de ser adotado para distinguir mediação e conciliação diz respeito à natureza da relação existente entre as partes, e “a mediação é indicada para casos em que é importante a manutenção de um vínculo entre as partes e a conciliação, para casos mais focais, como, por exemplo, um caso de dívida e negociação de um valor financeiro”.¹⁰⁶

1.4 Cenário da mediação

A formatação do sistema judicial brasileiro tem dado espaço para que técnicas alternativas de solução de conflito sejam exploradas, pois o elevado número de processos judiciais inviabiliza a celeridade processual e, muitas vezes, impacta diretamente a adequada prestação jurisdicional, quando considerados os reais interesses das partes envolvidas no conflito e, em que pese a própria estrutura estatal se esforce na divulgação de alternativas ao Poder Judiciário, não há como negar que ainda paira certa descrença quanto aos resultados práticos passíveis de ser obtidos com esses métodos.¹⁰⁷

Em vista da situação atual, em que a cultura da pacificação ainda não é uma realidade social, a mediação deve ser estudada sob duas perspectivas

¹⁰⁶ Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/conciliacao-e-mediacao-qual-e-a-diferenca.htm#.XaxkWuhKiUk>. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹⁰⁷ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação cit., p. 686.

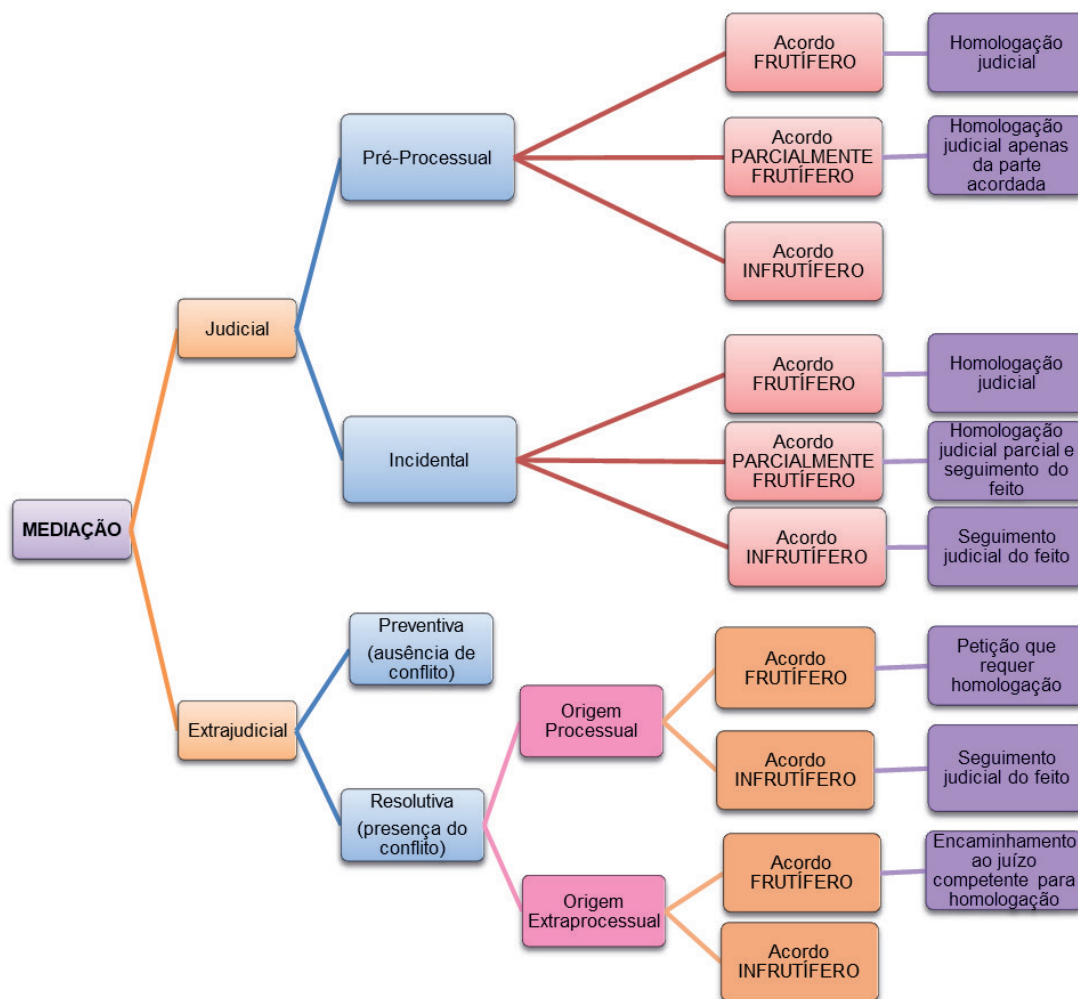
diferentes, uma em que as partes recorrem a ela como caminho primário e outra em que as partes a encontram como alternativa secundária.

Assim sendo, a mediação pode assumir características de processo autônomo, com regras próprias, em que as partes optam por solucionar seu conflito a partir dos resultados advindos unicamente da aplicabilidade dos instrumentos disponíveis na mediação, ou, ainda, como técnica associada a outros métodos de solução de conflito, por exemplo, quando utilizada no processo judicial como alternativa à sentença judicial ou ainda no processo arbitral como alternativa para resolver algum dos pontos controvertidos.

Destaca-se que, em qualquer dos cenários em que as partes optem pela mediação, seus princípios são exatamente os mesmos, não havendo qualquer exceção sobre sua aplicação prática: oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca pelo consenso, confidencialidade e boa-fé.

Na figura a seguir, demonstrar-se-á, pragmaticamente, de que maneira cada uma dessas opções é encontrada dentro da estrutura organizacional jurídica brasileira, analisando-se, posteriormente, cada um desses cenários com suas peculiaridades.

Figura 2 – Cenário mediativo



Fonte: elaborado pela autora.

1.4.1 No âmbito judicial

A mediação judicial está alinhada com a política judiciária nacional determinada pela Resolução 125/2010 do CNJ, ou seja, seus parâmetros estão ali prescritos e devem ser seguidos para garantir a validade da solução a que chegaram as partes para o conflito. Assim sendo, deve ser considerada pelos magistrados como um dos instrumentos disponíveis¹⁰⁸ para a melhor tramitação do feito até o julgamento definitivo da demanda.

¹⁰⁸ “A mediação é instrumento de mudança do Judiciário, dada a sua natureza interdisciplinar, com fundamentação filosófica, não podendo ser reduzida a instrumento de reforma do Judiciário, tendo em vista a ótica de natureza periférica e emergencial” (BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 98).

A mediação judicial, por estar sob o manto do Poder Público, deve atender às qualificações e registros determinados pelos respectivos quadros dos Tribunais de Justiça de cada Estado. As sessões de mediação e audiências de conciliação judicial devem ocorrer nos Cejusc, reconhecidos para esses fins como unidade judiciária.¹⁰⁹ Destaca-se, por oportuno, que toda essa estrutura está sob a guarda e proteção das regras do Nupemec.¹¹⁰

A mediação judicial pré-processual está em paridade com a mediação extrajudicial resolutiva de origem extraprocessual no que diz respeito à escolha das partes pela mediação como caminho primário, ao passo que uma das partes procura o Poder Judiciário pela vertente da mediação, e não mais da judicialização. Assim como competiria à câmara de mediação privada, cumprirá aos Cejusc a emissão de uma carta convite para a outra parte participar de uma sessão de mediação a pedido do requerente, ou demandante.

A eleição pela parte de um Cejusc se relaciona com sua conveniência, uma vez que inexistente competência territorial definida na mediação. No mais, ressalta-se que a única diferença existente entre esses dois cenários seria a escolha pelas partes do processamento do feito pela via pública – Cejusc, ou privada – câmara privada de mediação.

O Poder Judiciário na mediação judicial pré-processual atuará meramente como máquina administradora de um procedimento privado, desincumbido de solucionar o conflito. Tanto é assim que, caso as partes não cheguem a termo, devem decidir como procederão com relação à solução do conflito. Já nos casos em que o acordo for frutífero, ou parcialmente frutífero, competirá ao juízo, ao qual se relaciona o Cejusc em que se desenvolveram os trabalhos, homologar o acordo nos termos em que foram redigidos pelo mediador.

Diferente do cenário acima relatado está a mediação judicial incidental, a qual acontece quando a relação processual está triangularizada, ou seja, já existe uma demanda judicial proposta por uma das partes em face da outra, no juízo competente para prolação de sentença.

¹⁰⁹ “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015* cit.).

¹¹⁰ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. 4. ed. Curitiba: Editora CRV, 2017. p. 146.

Dessarte, a mediação, inicialmente, deverá acontecer nos termos do artigo 334 do CPC,¹¹¹ ou, ainda, no curso da instrução processual, seguindo o prescrito no artigo 139, V, do CPC.¹¹² Vale lembrar que essa modalidade é aquela em que, no curso do processo judicial, o magistrado determina seu encaminhamento para a mediação, não em função de qualquer determinação legal, mas porque lhe parece, a partir de seu livre e exclusivo convencimento, mais conveniente.

Em vista de a mediação judicial incidental ter relação com o processo judicial, envolvem-se na mediação as partes e seus patronos que têm o dever de auxiliar seu cliente no resguardo de seus direitos, e, prioritariamente, de contribuir para o bom desenvolvimento do procedimento mediativo, visto que o artigo 2.º do Código de Disciplina e Ética da OAB¹¹³ determina sua atuação em prol da justiça social. Nesse mesmo sentido já se posicionou Francisco Maia Neto, na obra coordenada por Caio Vieira Rocha e Luis Felipe Salomão:

Nesse contexto evolutivo, destaca-se que o papel do advogado na mediação é diferente daquele já conhecido, porém com a mesma finalidade de obter o melhor resultado possível para o seu cliente, devendo criar uma atmosfera cooperativa, procurando uma solução conjunta para os problemas apresentados, conversando cordialmente e, ao final, orientando as soluções para o deslinde do procedimento.¹¹⁴

Os efeitos e resultados práticos advindos da sessão de mediação judicial incidental impactarão diretamente o processo judicial. Sendo o acordo frutífero, caberá ao magistrado sua homologação com a extinção do feito com

¹¹¹ “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” – grifo da autora (BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015* cit.).

¹¹² “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; [...]” – grifo da autora (BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015* cit.).

¹¹³ “Art. 2.º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes” – grifo da autora (OAB. *Resolução n.º 02/2015*. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/codigo-de-etica-2016>. Acesso em: 13 jun. 2019).

¹¹⁴ ROCHA, Caio Cesar Vieras; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 234.

base no artigo 487, inciso III, alínea *b*, do CPC.¹¹⁵ Nos casos em que o acordo for parcialmente frutífero, o magistrado homologará o teor do acordo para resolver parte dos pedidos formulados na inicial, fazendo seguir a instrução, ou julgamento, a depender do estado em que se encontrar o processo. Já nos casos de acordos infrutíferos cumpre ao magistrado seguir com o curso processual previsto no ordenamento jurídico.

Uma última colocação que deve ser feita sobre a mediação que acontece no âmbito judicial é a de que, a partir da homologação dos termos do acordo formatado pelas partes pelo magistrado, são passíveis de execução como títulos executivos judiciais.

1.4.2 No âmbito extrajudicial

Considerando a mediação sob o ponto de vista de procedimento autônomo, deve ser respeitada sua independência com relação à estrutura física e organizacional de todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, ressalvadas as características mínimas exigidas pelo CNJ para o funcionamento de uma dada câmara privada de mediação.

Segundo Verônica Cezar-Ferreira, “A mediação extrajudicial, independente e autônoma, é fruto de iniciativa privada, e foi a primeira das modalidades a se colocar em auxílio daqueles que, tendo divergências, gostariam de solucioná-las”.¹¹⁶ Há que se dizer ainda que “A mediação extrajudicial é mais ampla do que aquela realizada nos Cejuscs e em câmaras privadas de mediação: ela abrange, por exemplo, mediações escolares e comunitárias”.¹¹⁷

Tal como se vê na Figura 2, para didáticos, é interessante segmentar a mediação extrajudicial em (i) preventiva e (ii) resolutiva.

No tocante à mediação preventiva, ela não possui previsão legal no sistema jurídico brasileiro, bem como ainda caminha lentamente dentro da percepção social, pois não é comum pensar no conflito antes de ele

¹¹⁵ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] III – homologar: [...] b) a transação” (BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973* cit.).

¹¹⁶ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica* cit., p. 147.

¹¹⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 615.

existir. Desta feita, o caráter preventivo, especificamente nas situações em que a utilização da mediação é indicada, diz respeito à identificação prévia de possíveis mudanças no cenário de uma relação jurídica, o que por vezes gera o conflito, refletindo no agir anterior à verificação do resultado negativo e indesejado.

Sob a perspectiva da mediação preventiva, muito além do acordo a que chegam as partes, estão a disseminação e a educação de seus participantes relativamente à cultura da paz que preza pelo diálogo entre elas, fazendo-as compreender, dentro de seus limites, as necessidades e interesses da outra parte. A esse respeito, na ausência do conflito e percepção pelas partes de um possível ponto de colisão no futuro, outros atos poderão ser resultado das sessões, tais como alterações contratuais, nova previsão normativa no estatuto de uma empresa, novos regramentos cotidianos em unidades de ensino, entre outros.

Passando-se ao estudo da mediação extrajudicial resolutiva, também para melhor compreensão, optou-se por segmentá-la levando em conta a judicialização ou não do conflito. Em outros termos, deve-se considerar se as partes procuram a câmara de mediação privada antes ou durante o processo judicial.

Quando se fala em mediação extrajudicial extraprocessual, verifica-se na prática a existência do conflito, e, a partir dele, as partes envolvidas optam pela contratação de uma câmara privada de mediação para atuar como gestora do procedimento, desde o envio do convite à parte com que se pretende mediar até a redação final do acordo a que chegarem as partes caso alcancem um consenso.

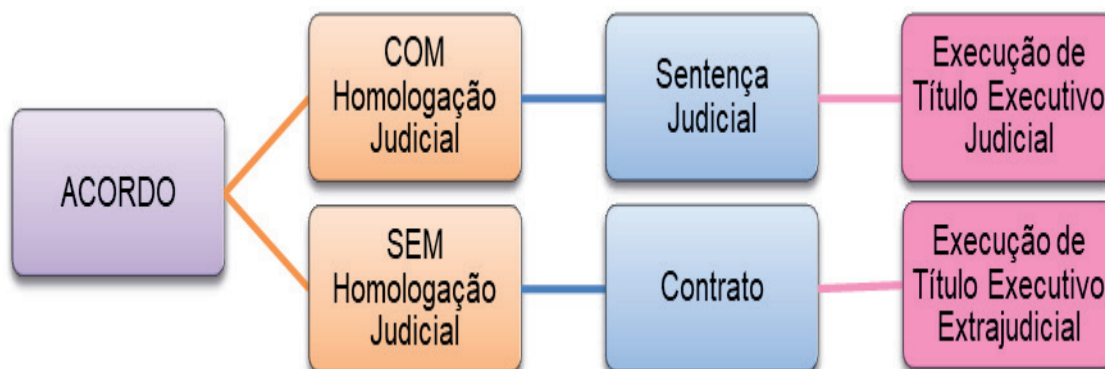
Tendo em vista o ambiente privado em que se dá a mediação nessa hipótese, caso as partes cheguem a termo, esse acordo pode ou não ser levado ao Poder Judiciário para ser homologado, sendo o efeito decorrente de tal encaminhamento a forma de execução dos termos ajustados.

Juridicamente, o acordo assinado pelas partes sem a homologação judicial se traduz por um título executivo extrajudicial, conforme enuncia o artigo 784, inciso IV, do CPC.¹¹⁸ Em contrapartida, caso o acordo seja homologado,

¹¹⁸ “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por

este será considerado em matéria de execução como sentença judicial, portanto, seguirá o rito da execução de título executivo judicial, conforme prescreve o artigo 487, inciso III, alínea *b*, do CPC.

Figura 3 – Origem da execução do acordo



Fonte: elaborado pela autora.

Não acordando as partes conflitantes na mediação extrajudicial extraprocessual, o procedimento de encerra e não existe nenhuma previsão legal que as obrigue a dar seguimento à demanda tal como se encontrar ou ainda que, automaticamente, transforme o procedimento extrajudicial extraprocessual em processual.

Nesse ponto, acertada a colocação de Diego Faleck no que tange à necessidade de ter uma visão sistemática de todas as alternativas que podem ser utilizadas para solucionar uma demanda, considerando que diferentes mecanismos processuais com características e funcionalidades próprias têm a capacidade, de forma independente ou combinada entre si, de proporcionar o resultado esperado pelas partes conflitantes.¹¹⁹

No caso da mediação extrajudicial processual, o que se tem é uma situação em que as partes vinculadas por uma relação jurídica processual solicitam ao juízo a suspensão do feito para intentarem resolver sua situação pela mediação privada. Deve-se observar que o mediador que atuar nessa

tribunal; [...]” (BRASIL., *Código de Processo Civil de 2015* cit.).

¹¹⁹ FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputa: criação de estratégia e processos eficazes para tratar de conflito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 17-19.

sessão de mediação deverá seguir todas as formalidades legais exigidas pelo Nupemec pelo fato de haver vinculação da mediação a um processo judicial.¹²⁰

O juízo em que tramita o processo judicial deverá ser avisado pelas partes dos termos a que chegaram no caso de o acordo ser frutífero para que se possa proceder com a homologação ou, no caso de acordo infrutífero, para que seja dado seguimento ao feito.

Assim, é possível concluir que a mediação pode se dar em todos os cenários, sejam eles processuais, nos casos em que o conflito já tiver ensejado a propositura de uma ação judicial, ou em ambientes extrajudiciais neutros, sendo sua validade e eficácia absolutamente as mesmas.

¹²⁰ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica cit.*, p. 147.

2. TEORIA DAS FAMÍLIAS

Tendo em conta o exposto sobre a mediação, desde sua concepção até o melhor entendimento sobre sua aplicação prática na modernidade, passa-se à apresentação do objeto material do presente, qual seja: as famílias.

Assim, de forma bastante breve, as famílias serão apresentadas para que, em momento oportuno, se torne factível ao leitor a combinação da mediação, como técnica, com as questões de famílias, como objeto.

Neste ponto, o que se pretende não é a pesquisa aprofundada da base principiológica e dos direitos e deveres previstos pelo Direito de Família, e sim apresentar a família como núcleo social em que os indivíduos se desenvolvem e partilham valores.

2.1 Organização das famílias

Observada a história do Brasil, tem-se que, enquanto prevaleceram os ideais de uma sociedade patriarcal, conservadora e de maioria católica, manteve-se um modelo legal, único, considerado legítimo, de família, compreendido pelo casamento religioso ou civil, com função exclusiva de procriação e posterior transmissão de patrimônio.¹²¹

Ocorre que as famílias, ao longo dos anos, deixaram de lado sua função religiosa-procracional-econômica,¹²² para aprofundarem suas bases nas garantias e liberdades fundamentais, fazendo valer a igualdade entre homens e mulheres, a igualdade entre filhos, a probabilidade do divórcio, a equiparação da união estável e ao casamento, a possibilidade de união homoafetiva, o reconhecimento das famílias monoparentais, entre outros.

Assim, pensar nas famílias em termos de concepção atuais exige muito mais do que a interpretação literal de determinado dispositivo de lei. Pode-se dizer que até mesmo as prescrições contidas no artigo 226 da CF¹²³

¹²¹ SOUSA, Mônica T. C.; WAQUIM, Bruna B. Do direito de família ao direito das famílias: a repersonalização das relações familiares no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 205, p. 71-72, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509943>. Acesso em: 13 jun. 2019.

¹²² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 16.

¹²³ "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1.º O casamento

sobre entidade familiar já não mais refletem a realidade de várias famílias atuais.

Diante da necessidade de ampliar a aplicação do dispositivo constitucional, o Professor Álvaro Villaça já se posicionou no sentido de que a interpretação que deve ser feita a seu respeito seja aberta, tomando-se a prescrição como exemplo daquilo que pode ser concebido como família.¹²⁴ No mesmo sentido, Arnoldo Wald, dadas as variações estruturais nas famílias, entende que a redução das famílias à previsão constitucional é descabida em vista das inúmeras mutações sociais ocorridas nos últimos tempos.¹²⁵

É verdadeira a afirmação de que as famílias não passam a existir a partir de uma prescrição normativa, ou, ainda, não são alteradas em função de uma mudança legislativa. As famílias caminham de acordo com as mudanças sociais e estas, por sua vez, precedem quaisquer modificações normativas. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A lei vem como sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés *conservador*. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso, a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma *construção cultural*. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar de pai, lugar de mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa

é civil e gratuita a celebração. § 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8.º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL. *Constituição Federal*, 1988 cit.).

¹²⁴ “Como já disse, o art. 226 da Constituição Federal apresenta um elenco de famílias, exemplificativamente, de modo enunciativo, e não em número fechado (*taxativo, numerus clausus*)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6, p. 207).

¹²⁵ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5, p. 25-26.

investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, como um *LAR*: Lugar de Afeto e Respeito.¹²⁶

Ao contrário daqueles que entendem que a norma modifica a realidade, os fatos havidos na composição dos núcleos familiares suscitam mudanças nas previsões normativas, a esse respeito estão: (i) a equiparação das uniões estáveis de casais homoafetivos, a partir do julgamento da ADPF 132 STF; (ii) o alargamento daquilo que se entende por bem de família para parentes em linha colateral; (iii) o registro civil a partir do reconhecimento da socioafetividade; e (iv) a discussão do regime de convivência com o animal de estimação pertencente ao casal divorciado.

Observando-se o panorama histórico da organização familiar, pode-se concluir que a família de núcleo econômico passou a ser um ambiente de companheirismo e de troca de afeto na construção de um projeto comum.¹²⁷

Nesse sentido, a família deve ser apreendida não como representação normativa, mas como um núcleo em que seus membros convivem e aprendem as primeiras manifestações de amor, afeto, carinho e respeito, sendo essa a premissa tanto do Professor Flávio Tartuce quanto da Professora Gilselda Hironaka.¹²⁸ Ainda, levando-se em conta o reconhecimento do afeto como valor jurídico, pode-se dizer que família sofreu uma repersonalização, de modo a viabilizar o atendimento aos interesses subjetivos da pessoa humana.¹²⁹

As famílias em si são fatos culturais, construídas a partir da convivência e afeto trocados entre seus membros que, a princípio, não se limitam aos interesses materiais, resultando na realização pessoal de cada um dos envolvidos, contribuindo, ainda, para seu desenvolvimento humano perante a sociedade. Dessa forma, tem-se que as verdadeiras famílias são afetivas e, posteriormente, jurídicas,¹³⁰ tal como se depreende da citação a seguir:

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* cit., p. 37.

¹²⁷ Idem, p. 38.

¹²⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5, p. 5.

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* cit., p. 42.

¹³⁰ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 30.

Nesse sentido, pode-se dizer que a coexistência de configurações e estruturas familiares diversas tem ampliado não só o conceito de família, mas também suas implicações na sociedade, gerando a necessidade de aceitar e conviver com o diferente. Nesse caso, tal pluralidade na configuração dos núcleos familiares tem demandado a criação de novos paradigmas explicativos que deem conta de tal complexidade.¹³¹

Nas palavras de Paulo Lôbo: “A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social”.¹³²

Convergindo com as ideias supramencionadas está o posicionamento da Professora Maria Helena Diniz, quando diz que, respeitadas todas as acepções que a palavra pode assumir – lata, restrita e amplíssima –, é possível enxergar a família a partir da possibilidade de realização do ser humano, sendo ela o núcleo ideal para o desenvolvimento pleno da pessoa, visto que dá a seus membros a possibilidade de conviver de modo a estreitar seus laços de afeto e amor.¹³³

Assim, considerando a família sob o ponto de vista do afeto, não há que falar em delimitação jurídica de sua formação, pois a realidade do dia a dia interfere sobremaneira em sua composição, não sendo possível, na maioria das vezes, o sistema legislativo acompanhar na devida velocidade e forma todas as modificações a tempo de elas se consolidarem e não sofrerem novas transformações.¹³⁴

A despeito da valorização do afeto na concepção da família, a proteção estatal que antes estava ligada ao núcleo familiar em si passa a se relacionar com a proteção do indivíduo como membro essencial da existência desse núcleo. Em convergência estão as colocações de Paulo Lôbo:

¹³¹ WAGNER, Adriana. *Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões*. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 17.

¹³² Idem, p. 18.

¹³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso direito civil brasileiro: direito de família*. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5, p. 32.

¹³⁴ “Pode-se dizer que a composição do núcleo familiar, atualmente, alicerça sua definição além dos fatores biológicos e legais. Aspectos da subjetividade que integram os significados da convivência, por exemplo, têm tido um peso explicativo importante na definição da configuração familiar” (WAGNER, Adriana. *Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões cit.*, p. 18).

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.¹³⁵

O afeto é sentimento humano e sua mensuração pressupõe a extensão da interpretação legal para que se torne possível a percepção subjetiva daquele que pratica atos em função de seus sentimentos. A modificação organizacional da família perante a sociedade exigiu uma readaptação jurídica conforme a realidade.

A família, como outros conceitos essencialmente sociais, é caracterizada e influenciada diretamente pelos traços políticos, morais, econômicos e sociais de cada momento histórico, o que resulta em uma redução na importância de sua exata concepção jurídica, uma vez que sua formação é dinâmica e constante.¹³⁶

Conclui-se, portanto, que a família como núcleo em que se desenvolve o ser humano social transcende prescrições legais e interpretações reducionistas, estando apta a, quando necessário, possibilitar sua verificação a partir de arranjos familiares diversificados.

2.2 Crise e reorganização das famílias

Dentro do contexto clássico em que a família era uma entidade com fim em si mesma, não raras as vezes se deixavam de reconhecer direitos subjetivos de algum de seus membros em detrimento da manutenção do vínculo familiar, que à época era concebida como mais relevante e preponderante quando comparada a qualquer outro direito subjetivo que pudesse existir; sim, aqui se dava preponderância às prescrições existentes em detrimento dos fatos.

Como explicitado no capítulo anterior, as famílias não possuem mais a estrutura daquelas do século passado, porque tanto sua organização

¹³⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias cit.*, p. 22.

¹³⁶ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família cit.*, p. 27.

quanto sua finalidade social passaram por processos de readaptação em face dos direitos e garantias protegidos pela Constituição Federal.¹³⁷

Juridicamente, foi a redação da Constituição Federal a responsável por traçar os princípios que conferiram ao ser humano o papel de protagonista da composição social.¹³⁸ Portanto, no que tange às famílias, a fixação (i) do pluralismo familiar, (ii) da igualdade entre cônjuges e companheiros e (iii) da igualdade entre filhos representou na prática o fator propulsor de mudanças significativas:

As pessoas influenciam e são influenciadas pelo meio em que estão inseridas, de modo que os paradigmas⁴⁹ sociais vigentes se refletem também na forma de convivência. As características da modernidade líquida inevitavelmente trarão consequências para os relacionamentos humanos, que já podem ser percebidas na realidade que ora se apresenta. Uma das principais delas é que esses relacionamentos também serão fugazes, efêmeros, abandonando o primado anterior do “até que a morte nos separe”. Este é um reflexo dos novos valores temporais vigentes e também atende à demanda por uma liberdade sempre presente, que atinge diversos aspectos (o trabalho, a família, as amizades etc.). As pessoas passam a ver a satisfação com o parceiro como um objetivo a ser constantemente alcançado, não se vinculando profundamente a projetos de muito longo prazo. Para corresponder a tal intenção, os relacionamentos terão de estar unidos por laços leves, tênues, que possam ser desfeitos sem muita dificuldade. Isso porque, no exercício de sua liberdade e autonomia, cada indivíduo passará a verificar constantemente as vantagens que auferir em cada relação pessoal travada e, não a encontrando satisfatoriamente, passará a buscá-la em outra relação.¹³⁹

Considerando que não há mais parâmetros delimitadores da composição, conceito¹⁴⁰ e funcionamento das famílias, é de suma importância

¹³⁷ CARVALHO, Dimas Messias. *Direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 38.

¹³⁸ Corroborando tal afirmativa, Álvaro Villaça assim expõe: “Desenvolveu-se, então, arduamente, um trabalho por todos os bem intencionados que querem adaptar as normas à realidade vivente, para que a lei não seja um material ilusório, irreal e injusto, a aplicar-se contra o que acontece na sociedade. O espelho do passado foi quebrado para a tentativa de uma construção jurídica mais justa e adequada à realidade presente” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito de família cit.*, p. 14).

¹³⁹ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família cit.*, p. 16.

¹⁴⁰ “O conceito de família se diversificou nos últimos anos, sendo difícil traçar um perfil único da família brasileira. Entretanto, algumas tendências se destacam, como: diminuição do número de pessoas na família, aumento de divórcios e recasamentos, maior participação

proceder a uma análise mais detalhada sobre as formações atuais, e, com esse objetivo, algumas modificações estruturais havidas merecem atenção, tais como o aumento dos divórcios havidos na última década, a autonomia da mulher diante da possibilidade da maternidade, a redução do número de filhos advindos de um determinado relacionamento, a união homoafetiva, entre outros.

A princípio, é extremamente relevante pontuar as mudanças interpretativas a respeito da figura da mulher na sociedade, pois foram elas que, inicialmente, impactaram a estrutura familiar clássica. O que antes era concebido pela sociedade como sexo frágil, dependente¹⁴¹ e direcionado para realização das tarefas do lar, gradualmente se mostrou com características diametralmente opostas.

Pode-se dizer que a partir do momento que as mulheres começaram a exercer seus direitos, entre eles aquele que mudou o paradigma cultural, a liberdade de escolha, houve uma mudança irreversível no perfil das famílias. O nível cultural feminino foi elevado, na medida em que foi facultada às mulheres a possibilidade de frequentar instituições de ensino básico, médio e superior, com a possibilidade de se profissionalizar e especializar em suas áreas de interesse.¹⁴²

A autonomia feminina fomentou o reconhecimento social da mulher como sujeito de direitos e deveres, o que, conseqüentemente, as facultou tomar qualquer decisão a respeito de conceber ou não família.¹⁴³

Atualmente, é consenso que nenhuma mulher nasce, necessariamente, para se casar, cuidar de seu esposo, ter filhos, cuidar de

da mulher na manutenção econômica do lar, casais de dupla carreira, diferentes maneiras de compartilhar papéis nas funções parentais, entre outros” (WAGNER, Adriana. *Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões cit.*, p. 29).

¹⁴¹ “A mulher casada era considerada relativamente incapaz e, até a edição do Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 1962, só podia exercer profissão ou aceitar mandato com autorização do marido” (FERRAZ, Carolina Valença (coord.). *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84).

¹⁴² “Nesta lógica reside a relação entre o direito à educação das mulheres e a efetivação da igualdade material – a partir de uma lógica de inserção, autonomia e emancipação. O enfrentamento da questão deve ser associado ao reconhecimento da cidadania no âmbito do direito ao sistema educacional, e como este pode contribuir no empoderamento e emancipação da mulher, como sujeito de direitos” (FERRAZ, Carolina Valença (coord.). *Manual dos direitos da mulher cit.*, p. 147).

¹⁴³ WAGNER, Adriana. *Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões cit.*, p. 48.

seus filhos, permanecer casada ou se casar apenas uma vez e se submeter às decisões e vontades de seu esposo,¹⁴⁴ daí a criação pelas mulheres daquilo que elas desejam conceber como família.

Quando optam por casar-se ou ainda por manter um relacionamento amoroso, a conjugalidade se torna um ponto essencial para a manutenção do vínculo afetivo entre as partes. Por conjugalidade se entende as características subjetivas do parceiro com quem se fez a opção por partilhar a vida privada. Hoje, as mulheres decidem sobre o término de uma relação frustrada que deixou de suprir de alguma maneira suas expectativas sobre o parceiro.

Não apenas a conjugalidade, mas também a parentalidade, tem a capacidade de influenciar sobremaneira a estruturação familiar.

Compreendida a possibilidade de escolha do parceiro com que se pretende relacionar, ainda existe outro critério bastante relevante que diz respeito à decisão do casal em ter ou não filhos. Em um cenário em que a mulher tem plena autonomia e capacidade para fazer aquilo que bem entender, filhos, na maioria das vezes, são desejados e, a partir de então, planejados, não sendo incomum a opção pela não reprodução ou pela reprodução autônoma, condições que não ferem o conceito de família, mas apenas dão forma a uma nova concepção de família.

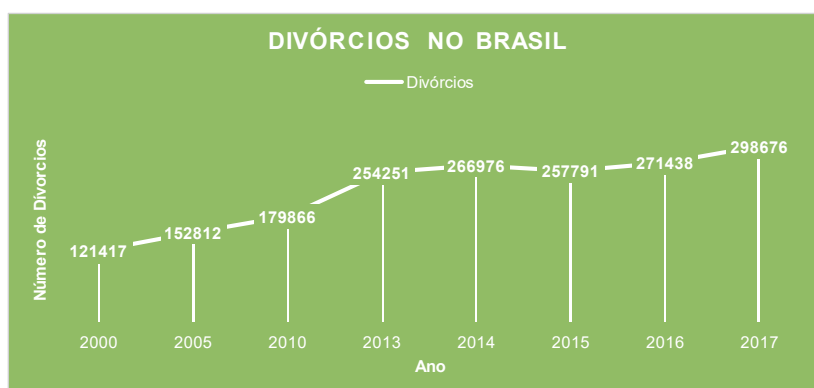
Em vista do poder de escolha sobre seus parceiros, sobrevém a questão dos divórcios.¹⁴⁵ Em que pese o ano de 2017 ter sido o último em

¹⁴⁴ Não foi simples e fácil a aceitação sobre a mulher ser sujeito de direito e deveres, podendo fazer suas próprias escolhas sobre querer ter ou não uma família. Tal afirmação é evidenciada no trecho a seguir transcrito: “Tem-se então que a família é problematizada – deixa de ser vista como natural e como um ambiente indiscutivelmente seguro e acolhedor – e passa a ser entendida como o eixo fundante de duas grandes desigualdades: de gênero e de geração. Nesse sentido, a partir da década de 1950, principalmente após a publicação da supracitada obra de Margaret Mead, *Sexo e temperamento*, as feministas propõem uma crítica ao modelo idealizado de família (funcionalismo norte-americano), desatualizando-a enquanto espaço de complementaridade e denunciando-a como espaço de poder, onde ocorrem, inclusive, graves violências e negações de direitos” (GONÇALVES, Tamara Amoroso. *Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46).

¹⁴⁵ “A taxa de divórcio em nossa sociedade tem aumentado a cada ano. Nos Estados Unidos da América, um em cada dois casamentos acaba em divórcio. No Brasil, o IBGE apurou, em 2011, que quase 30% dos casamentos acabam em divórcio, mas como a pesquisa refere-se apenas à extinção do vínculo do casamento civil constata-se que o número de uniões desfeitas é muito maior, considerando as separações de fato, sem divórcio, as separações judiciais ainda não convertidas em divórcio e as dissoluções de união estável” (CNJ. *Cartilha de Divórcio para os Pais*, p. 11. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/destaques/arquivo/2015/06/f26a21b21f109485c159042b5d99317e.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019).

que o IBGE fez o levantamento em números sobre divórcios no Brasil, os resultados apresentados ao longo dos últimos quatro anos comparado aos resultados do ano de 2000 são suficientes para sustentar que o percentual de casais que se divorciaram em, aproximadamente, quinze anos aumentou em 40,65%,¹⁴⁶ demonstrando claramente uma tendência consolidada.

Figura 4 – Divórcios em número no Brasil



Fonte: elaborado pela autora com base nos dados disponibilizados pelo IBGE.

Os relacionamentos entre homens e mulheres casados não seguem mais os padrões clássicos, uma vez que não se impõem mais limites sociais às condutas das mulheres como esposas ou dos homens como maridos, tampouco permanece a ideia de que o casamento deve durar por toda a vida.

Nos dias de hoje, existe a possibilidade de a mulher se expressar sobre seus gostos, não sendo mais julgada socialmente por não querer estar ao lado de um homem que não agrega a seus objetivos de vida. A verdade é que a equiparação dos direitos da mulher aos do homem estabeleceu não apenas a ideia de igualdade entre partes que se casam, como elevou os direitos da mulher a um patamar que ela passa a se reconhecer e ser reconhecida como independente em relação ao marido e a seus filhos, e não mais a extensão deles.

Outra questão que relaciona a mulher e a modificação da composição familiar, como anteriormente mencionado, é a escolha dela a respeito da maternidade. Em meio a uma sociedade capitalista, em que o trabalho se

¹⁴⁶ IBGE. Estatística do Registro Civil 2017. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/quadros/brasil/divorcios>. Acesso em: 13 jun. 2019.

mostra como característica positiva, muitas vezes a opção é por investir em sua carreira profissional em detrimento de se tornar-se mãe.¹⁴⁷

A maternidade exige da mulher grande parte de seu tempo e esforços, o que pode resultar em um entrave para aquelas que almejam desenvolver suas carreiras profissionais e não contam com tanto tempo livre para se dedicarem a suas famílias, pois “quanto mais alta a remuneração da mulher profissional, maior é a sua percepção da necessidade do apoio social. A distribuição da função do cuidado com os filhos é essencial para que a mulher profissional consiga cumprir sua jornada de trabalho”.¹⁴⁸

Sem dúvida, não é possível generalizar a situação narrada, mas é inegável que, ao se tornar mãe, a dinâmica do dia a dia de uma mulher muda completamente em decorrência das preocupações somadas às suas tarefas cotidianas, dada a existência de uma pessoa que depende integralmente de seus cuidados.

Não bastasse o dilema existente entre a vida profissional de uma mulher e a maternidade plena, há aquelas que não encontram o parceiro ideal para dividir suas vidas, mas que, mesmo assim, não deixam de lado a realização da maternidade. Dessa forma, buscam pela adoção ou pela inseminação artificial como meio de constituir suas famílias.

Em um segundo momento, além das questões que envolvem a mulher na estruturação da família, não se pode deixar de destacar a crescente aceitação social a respeito da liberdade de escolha do gênero de cada um dos indivíduos que compõem o quadro social.¹⁴⁹

¹⁴⁷ ANDRADE, Juliana Oliveira; CARVALHO NETO, Antonio (org.). *Mulheres profissionais e suas carreiras sem censura: estudos sob diferentes abordagens*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

¹⁴⁸ Idem, p. 31.

¹⁴⁹ “No que tange à homossexualidade, no estágio atual de desenvolvimento das ciências, não é cabível a discriminação em virtude da orientação homossexual da pessoa. São bastante divulgadas, na atualidade, medidas legislativas, decisões jurisprudenciais ou mesmo das Cortes Internacionais de Direitos Humanos no sentido de eliminar a discriminação em face da homossexualidade ou da disforia de gênero. [...] preconceito em matéria de direito de família no Brasil, muito embora as decisões jurisprudenciais sobre as relações homoafetivas reflitam em decisões judiciais que têm sido proferidas no sentido de conceder a guarda de filho ao homossexual, assim como encontram-se também decisões favoráveis às garantias previdenciárias, eleitorais e obrigacionais (entre outras desfavoráveis)” (MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 41).

A identificação pessoal de cada um a partir de suas percepções subjetivas – característica do livre exercício do direito à identidade sexual – também é capaz de mudar por completo a formação das famílias. Nesse contexto, tanto a homossexualidade quanto a transexualidade não só fazem parte da estrutura social, como impactam a constituição das famílias pós-modernas, dada a realização dos direitos da personalidade de cada um de seus membros.¹⁵⁰

Nesse ponto, é relevante ponderar que em todas as novas composições familiares permanece a continuidade da convivência, e, mais do que a simples continuidade, os membros têm a possibilidade de expor seus sentimentos, pensamentos e vontades sem restrições por parte daqueles com quem optam por construir o vínculo familiar fundamentado no pilar da afetividade. Assim pode-se dizer:

O que se observa é que, quando as regras que vigoravam nas relações familiares sofrem as alterações às quais temos assistido, as pessoas experimentam outras maneiras e possibilidades de convivência. Em uma situação como essa, marcada por mudanças e reajustes permanentes, fazem-se necessárias constantes negociações e acordos entre os membros da família. Isso é, cada vez mais se transita de uma parceria conjugal normatizada para uma parceria que exige o protagonismo dos sujeitos. Dizendo de outra forma: deverão ser autores das próprias histórias.¹⁵¹

Portanto, hoje, qualquer indivíduo que compõe o núcleo familiar tem liberdade para expor seus pensamentos, sentimentos e vontades de acordo com o que entender ser correto, não sendo mais necessária a submissão àquilo que um determinado membro decide em nome de todos. Por assim ser, as relações tendem a ser mais verdadeiras e abertas em matéria de exposição de sentimentos, bem como as questões conflituosas são mais trabalhadas a partir do diálogo entre as partes que aprenderam, ao longo dos anos, a se ouvir e se respeitar como iguais.

Em que pesem todas as transformações sociais ocorridas, não há como negar que continua existindo um núcleo familiar em que o afeto é o que une seus membros, no sentido de viabilizar a criação do conceito do modelo

¹⁵⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade* cit., p. 62.

¹⁵¹ MUSZKAT, Malvina E. *et al. Mediação familiar transdisciplinar*. São Paulo: Summus, 2008. p. 35.

pós-contemporâneo de família, pelo qual se observa a livre associação de pessoas, que partilham seus projetos e incrementam sua personalidade a partir da convivência comum.

Dessarte, resta demonstrado que a superação de antigos costumes, crenças e intolerâncias foi fundamental para caracterização das mais diversas composições familiares, símbolo do conjunto e contexto social atual.¹⁵²

Como conclusão, é importante destacar que pouco importam a composição e a forma pela qual as famílias se apresentam, pois o essencial é que, independentemente de qualquer ponderação que possa ser feita, núcleos familiares continuam existindo e se traduzindo pela realização plena, no que tange à formação humana, daqueles que os compõem, pois o valor que os agrega é o afeto que um sente pelo outro.

2.3 Direito das famílias: direito público ou privado?

Pensar no direito das famílias como o ramo do direito que estuda todas as peculiaridades relacionadas às famílias propriamente ditas – desde sua formação até seu desenvolvimento pleno – é ter consciência de que tal área não assume caráter essencialmente de direito público, tampouco de direito privado, uma vez que esse ramo do direito é permeado por características híbridas que tocam os dois conjuntos normativos que, de forma clara e cada vez mais frequente e intensa, ante as polêmicas da sociedade contemporânea, se comunicam e se confundem.¹⁵³

A dicotomia estabelecida metodologicamente entre direito público e privado advém da época de Justiniano, do direito romano clássico. De acordo com Luís Roberto Barroso, três eram os critérios observados, em que pese não suficientes, para que se pudesse proceder com tal classificação, entre eles: (i) sujeitos: o direito público teria o Estado como sujeito presente em um dos polos

¹⁵² “A contemporaneidade abriga famílias monoparentais, homoafetivas, recasadas e tantas outras possíveis configurações, com menor resistência social. Contudo, ainda não temos distância histórica suficiente para poder afirmar se isso decorre de uma maior aceitação da diversidade, de uma crítica compulsiva a valores tradicionais ou se tudo muda com tanta velocidade que não existe tempo e/ou disponibilidade para escolhas mais reflexivas, mais condizentes com as necessidades individuais e coletivas em relação à convivência afetiva e/ou familiar” (WAGNER, Adriana. *Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões cit.*, p. 35).

¹⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 55-56.

da relação jurídica, enquanto o direito privado teria particulares em ambos os extremos da relação jurídica; (ii) objeto: o direito público tutelaria o bem coletivo e o interesse social, enquanto o direito privado cuidaria dos interesses individuais; e (iii) natureza jurídica: no direito público o Estado atua no exercício de seu poder soberano, já no direito privado as partes devem ser colocadas em patamar de igualdade no tratamento de seus direitos. Salvo melhor juízo, no seu entender, embora se possa compreender metodologicamente essa divisão, ela jamais foi capaz de romper com a unicidade do sistema jurídico, bem como nunca inviabilizou a comunicação entre normas pertencentes a ambas as áreas específicas do direito,¹⁵⁴ tal como ocorre com o direito das famílias.

Determinar se uma área do direito é do ramo de direito público ou privado é, conseqüentemente, estabelecer o regime jurídico prevalecente naquela. Em outras palavras, se do ramo do direito privado valerão os princípios da livre-iniciativa e da autonomia da vontade, preponderando a regra de que aquilo que não está proibido legalmente está permitido, no âmbito do direito público sobressairão os princípios da legalidade e da supremacia do interesse coletivo, sendo a regra básica aquela de que somente é permitido aquilo que está prescrito em lei.¹⁵⁵

Nesse sentido, o raciocínio que deve ser desenvolvido a respeito das normas aplicadas às famílias é bastante simples: enquanto o Estado prescreve normas que visam proteger a célula nuclear – a família – da sociedade, visto que sua existência e força vital implicam a manutenção da sociedade, as partes que as constituem desenvolvem-se de maneira absolutamente privada por meio de atos particulares, não cabendo ao Estado, ou a qualquer outra pessoa, interferir na vida privada das famílias.¹⁵⁶

Sobre as questões de Direito de Família, é possível dizer que essa área engloba tanto normas de ordem pública, ou seja, direitos existenciais

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 80-82.

¹⁵⁵ Idem, p. 83.

¹⁵⁶ Em consonância com o exposto está a redação do artigo 1.513 do CC: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. (BRASIL. Lei n.º 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 13 jun. 2019).

protegidos pelo Estado, contemplados dentro do ramo de direito público, quanto normas de ordem privada – questões patrimoniais e conceitos correlatos, caracterizados a partir do ramo do direito privado.¹⁵⁷

Ao sentir da Professora Maria Helena Diniz, embora a formação das famílias se dê por ato de vontade das partes, seus efeitos já estariam regulados por normas cogentes ou de ordem pública, o que impossibilitaria qualquer transação a respeito dos direitos e deveres dos membros dessa estrutura.¹⁵⁸ Contudo, a despeito dessa proposição, entende-se que, assim como a organização e caracterização da família são mutáveis, é necessária certa flexibilização daquilo que está prescrito na norma, desde que respeitado o caráter ético e social da família, visando a realização efetiva dos direitos dos envolvidos.

Não se nega que a proteção do Estado é fundamental no Direito de Família para assegurar o respeito por parte de seus membros a elementos básicos estruturais desse núcleo, mas não para intervir na vida privada e nas escolhas individuais de seus membros. Logo, a participação do direito público repousa justamente na garantia do todo, buscando manter as construções o mais equilibradas possível dentro do cenário da coletividade, tal como prevê o texto constitucional em seu artigo 226.¹⁵⁹

A conclusão a que se chega é que a essência privada do direito das famílias (relações entre seus membros) deve permitir que se flexibilizem algumas prescrições cogentes no sentido de readaptá-las às peculiaridades de cada caso no sentido da manutenção do espírito das normas essenciais estruturantes – de ordem pública – com vistas à realidade social. Com isso, não se pretende retirar as proteções garantidas por lei aos núcleos familiares; pelo contrário, dentro da privacidade de cada um deles, espera-se enquadrar da melhor maneira aquilo que a lei essencialmente pretende assegurar às vivências de cada uma das famílias.

¹⁵⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família* cit., p. 1.

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 411.

¹⁵⁹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL. Constituição Federal, cit.).

3. MEDIAÇÃO NAS QUESTÕES DE FAMÍLIA

Observados os conceitos que delimitam a mediação e a estrutura atual das famílias, chega-se ao momento de demonstrar a conexão entre a mediação, como procedimento aplicável no tratamento de conflitos, e as famílias a partir de seus conflitos, como objeto material passível de ser submetido ao método supramencionado.¹⁶⁰

3.1 Mediabilidade das questões de família

De início, cumpre destacar que por “mediabilidade” entende-se a viabilidade jurídica de submeter determinado conflito à mediação, tanto a partir das prescrições legais quanto da percepção da realidade prática de cada conflito. Nesse sentido, o estudo será realizado sob duas perspectivas, entre elas: (i) a mediabilidade legal – objetiva; e (ii) a mediabilidade prática – subjetiva.

Conforme se discutirá mais detalhadamente a seguir, quando está em pauta a legalidade da submissão das questões de direito das famílias, a análise que deve ser feita está ligada à prescrição do artigo 3.º da Lei nº 13.140/2015 – LMed,¹⁶¹ por outro lado, no que concerne ao estudo da questão prática, essa se relaciona com a adequação efetiva das peculiaridades do conflito das famílias aos instrumentos disponíveis na técnica da mediação.

3.1.1 Análise legal – objetiva

Conforme mencionado, a LMed determina que poderão ser submetidos à mediação direitos disponíveis e direitos indisponíveis passíveis de transação. Pois bem, por direitos disponíveis entendem-se aqueles suscetíveis de transação (concessões recíprocas) ou renúncia (livre

¹⁶⁰ “As questões de direito de família, seguramente, são as mais afeitas à mediação, dada a natureza dos conflitos terem, como fundamento, as relações de afeto” (BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 99).

¹⁶¹ “Art. 3.º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (BRASIL. *Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.*).

disponibilidade) por parte de seu titular, por exemplo, os direitos patrimoniais envolvidos e/ou decorrentes de uma dada relação jurídica.

A indagação que surge da leitura do texto da Lei de Mediação não decorre dos direitos disponíveis propriamente ditos, mas sim do que venha a ser “direitos indisponíveis passíveis de transação”, pois, além de não existir prescrição normativa determinando o que é um direito indisponível, os termos “indisponibilidade” e “transacionabilidade” não se coadunam na mesma lógica, pois a transação pressupõe a possibilidade de o titular, plenamente capaz, durante o processo de transação, dispor ou renunciar seu direito.

É importante ponderar que, apesar de inexistir prescrição expressa no ordenamento jurídico quanto ao conceito de direito indisponível, a interpretação coletiva a seu respeito é de que ele é um direito que deve ser superprotegido por meio do manto da irrenunciabilidade, inalienabilidade e intransmissibilidade, uma vez que a manutenção destes reflete diretamente na continuidade social e na preservação de valores considerados relevantes para o contexto social, segue tal lógica o que dispõe o artigo 841 do CC¹⁶², que determina que a transação somente pode ser realizada quando tiver como objeto direito disponível.

Ocorre que, como se sabe, existem no sistema jurídico brasileiro vigentes exceções a tal determinação. Exemplo claro disso é a autorização concedida ao Poder Público, conforme prescrito em lei, de transacionar com particulares direitos indisponíveis por meio do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), ou, ainda, as normas relativas à disposição de partes do corpo humano para doação de órgãos, às intervenções cirúrgicas plásticas estéticas, à mutação de gênero por modificação cirúrgica do aparelho reprodutivo feminino ou masculino, entre outros, todos os exemplos de que, na prática, se admite a autonomia da vontade do particular sobre direitos indisponíveis.

É fato que a mediação não pretende esvaziar o caráter indisponível¹⁶³ de um determinado direito, mas, antes, flexibilizar as possibilidades de ajuste

¹⁶² “Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação” (BRASIL. Código Civil de 2002 cit.).

¹⁶³ “A marca da indisponibilidade, assim, revelaria uma legítima opção intervencionista do Estado no campo das liberdades individuais e sociais no sentido de, paradoxalmente, por via de vedações ou restrições do exercício de certos direitos ou interesses, protegê-los contra lesões ou ameaças provenientes de seus próprios titulares ou de terceiros” (VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. *Revista de Processo*, v. 251, p. 2, 2016).

desses direitos à realidade em que são encontrados, isso porque, tal como prescreve o artigo 9.º da Resolução 118 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP),¹⁶⁴ a mediação é recomendada para casos em que a atuação direta das partes é capaz de influenciar o resultado daquilo que se pretende resolver.

Nesse ponto, esclarece-se que o direito continuará indisponível, sendo transacionados apenas a forma, o prazo, a modalidade, os valores – características e situações que se somam – decorrentes desses direitos,¹⁶⁵ “daí a necessidade de se avaliar o sentido e o alcance que a indisponibilidade deve assumir nos diversos sistemas de Justiça”.¹⁶⁶

O entendimento que poderia ser formado a esse respeito é o de que o objeto da transação seriam critérios econômicos e obrigacionais, mas não a renúncia ou disponibilidade de direitos. Para tanto, a razoabilidade e a proporcionalidade devem ser elementos-chave balizadores nessa transação, atuando como verdadeiros termômetros sobre aquilo que foge aos padrões éticos e morais da sociedade atual.

Ainda sobre a indisponibilidade, duas outras questões devem ser sopesadas com relação à mediação de direitos indisponíveis. A primeira é a de que continuará existindo tutela do Poder Público a respeito desses direitos indisponíveis, visto que todo acordo que tiver como objeto direitos indisponíveis deverá passar pela aprovação do Ministério Público, conforme prescrito na Lei de Mediação.¹⁶⁷

A segunda, por sua vez, concerne à prescrição do artigo 3.º, § 2.º, do CPC, que entende que, embora não se exclua da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, é dever do Estado, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos.

¹⁶⁴ “Art. 9.º A mediação é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes” (BRASIL. Resolução n.º 118, de 1.º de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019).

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada*.

¹⁶⁶ VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?* cit., p. 3.

¹⁶⁷ “§ 2.º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público” (BRASIL. LMed cit.).

Em outros termos, caso não seja aceita a tese de que seriam apenas questões adicionais aos direitos indisponíveis que estariam sendo transacionadas em uma sessão de mediação familiar, existe outra possibilidade de interpretação relacionada com a manutenção da tutela estatal a respeito desses direitos, que se relaciona com a manutenção do controle estatal sobre sua proteção integral.

Apesar da referida polêmica sobre a possibilidade de mediar direitos indisponíveis, os Tribunais têm se posicionado no sentido de validar o acordo firmado pelas partes em que se tratou sobre direitos das famílias, conforme jurisprudência selecionada a seguir:

Apelação cível. Sentença homologatória de acordo celebrado entre as partes em sessão de mediação pré-processual. Nulidade. Inocorrência. O CPC estabelece que, “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (art. 694, *caput*). Seguindo a diretriz legal e as Resoluções do CNJ (n.º 125/2010) e do Conselho da Magistratura deste TJRS (n.º 1.026/2014), foi instaurada Vara Adjunta de Conciliação Pré-processual na comarca de Pelotas. O acordo eventualmente obtido e celebrado nas sessões de mediação pré-processual, depois submetidos para apreciação do MP e para homologação judicial, não é inválido, ainda que as partes não estejam acompanhadas por advogados. A presença de advogados é facultativa, não obrigatória. Há expressa autorização judicial para isso (art. 10 da Lei n.º 13.140/2015). *O acordo obtido em sessão de mediação não é vedado nem mesmo se o direito objeto do acordo for indisponível. Pois no direito de família a maioria dos direitos é indisponível. Assim, se adotado o entendimento de que não pode haver mediação se o direito for indisponível, ficará afastada praticamente toda e qualquer hipótese de mediação em ações de direito de família.* E por conseguinte, haverá negativa de vigência ao art. 694, *caput*, do CPC. A obtenção de acordo nas sessões de mediação pré-processual, realizada sem a presença do agente ministerial e do juiz, representa o cumprimento estrito da nova principiologia adotada pelo CPC, de privilegiar soluções consensuais, especialmente em ações de direito de família. Ademais, no presente caso não se verifica, e aliás nem sequer foi alegado em grau de apelo, qualquer espécie de prejuízo concreto em função dos termos do acordo que foi homologado. Negaram provimento ao apelo (TJRS, 8.ª Câmara Cível, Apelação

Cível 0355050-69.2016.8.21.7000, Rel. Des. Rui Portanova, j. 09.03.2017).¹⁶⁸

Apelação cível. Direito de família. Divórcio. Guarda. Filho menor. Pensão alimentícia. *Direitos indisponíveis*. Sentença homologatória de acordo. Cejusc. Mediação Pré-processual. Ausência de advogado. *Nulidade. Inocorrência*. Recurso interposto pelo Ministério Público. I – O Ministério Público, como fiscal da lei, tem legitimidade para recorrer de sentença homologatória de acordo obtido em procedimento pré-processual de mediação em Cejusc, nos termos do art. 996 do NCPC e do art. 11 da Resolução 125/2010 do CNJ. II – É cabível a mediação em procedimento pré-processual referente a Direito de Família, com base nos arts. 8.º, § 1.º, e 10 da Resolução n.º 125/2010 do CNJ. III – O art. 10 da Lei n.º. 13.140/2015 demonstra que a presença de advogados na sessão de mediação não é obrigatória, tratando-se de mera faculdade, de modo que a sua ausência não macula o acordo celebrado pelo casal divorciando. Apelo conhecido e improvido (TJGO, 2.ª Câmara Cível, Apelação Cível 01790159720178090072, Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira, j. 15.04.2019, *DJe* 15.04.2019).

Diante do exposto, fica clara a intenção do legislador de ampliar o leque de matérias passíveis de sujeição às sessões de mediação, assim como que tal ato normativo não deve ser considerado contrário ao ordenamento jurídico vigente, pois não fere direitos indisponíveis ou macula normas de caráter impositivo.

Na realidade, o que se propõe é pensar na flexibilização de determinadas características intrínsecas aos direitos indisponíveis como meio de garantir um melhor atendimento daquilo que o concebeu como direito indisponível.

3.1.2 Análise prática – subjetiva

A mediação se coloca como meio extremamente útil à resolução de conflitos em que o vínculo das partes conflitantes terá continuidade em razão de (i) os participantes não só precisarem de uma solução para seu problema, como essa definição será de suma importância para o desenvolvimento pessoal

¹⁶⁸ Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/7100/Media%C3%A7%C3%A3o.%20Senten%C3%A7a%20homologat%C3%B3ria.%20Direito%20indispon%C3%ADvel.%20Possibilidade>. Acesso em: 9 out. 2019.

de cada um deles; (ii) ser possível, a partir da aplicação de instrumentos, trabalhar com a causa do conflito trazida pelas partes por meio da expressão de seus interesses e sentimentos, ou seja, suas emoções; e (iii) o acordo ser construído consensualmente pelas partes – a partir da comunicação facilitada pelo mediador¹⁶⁹ –, garantindo uma maior probabilidade de cumprimento daquilo que restou acordo, exatamente por ter partido da construção conjunta sem a imposição de qualquer elemento ou critério estranho às relação das partes envolvidas.¹⁷⁰

No que toca às famílias, pode-se dizer que não só pela relação continuada, mas também pelas alterações sofridas aos longos dos anos, elas padecem, de alguma maneira, do risco de sofrer com ruídos em sua comunicação, visto que “Family relationships are complicated, intense, and ongoing”.¹⁷¹

Ademais, é verdadeira a colocação de que “os componentes da família têm uma relação contínua, problemas nos reiterados contatos podem desgastar o relacionamento e deteriorar a comunicação a ponto de criar uma espiral de incompreensões e mal-entendidos”.¹⁷² Dada essa consideração, é

¹⁶⁹ “[...] o mediador é um facilitador do diálogo entre os participantes do processo. Não julga, não orienta, não assessora, não faz sugestões ou avaliações sobre o conflito e muito menos direciona para algo que considera necessário ou adequado aos mediandos. O mediador acredita no potencial dos participantes para transformar a interação decorrente de seus próprios conflitos. Crê que possuem recursos próprios que promovem mudanças de percepções pessoais de fragilidade e autocentramento em direção ao empoderamento e reconhecimento mútuos” (BRAGA NETO, Adolfo (org.). *Mediação familiar: a experiência da 3.ª Vara de Família do Tatuapé*. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2018. p. 27-28).

¹⁷⁰ Nesse contexto, válida e pertinente a colocação feita por Águida Barbosa no sentido de afirmar que “[...] a mediação familiar destina-se a promover a compreensão de um amplo universo de relações humanas, dentre as quais o limitado recorte concretizado em direitos patrimoniais disponíveis. O elemento fundamental está no reconhecimento da responsabilidade de cada um pelo conflito e, por meio da correção do desvio da comunicação, os sujeitos buscam soluções concretas para regular, diretamente, suas diferenças. Assim, o resultado de uma mediação familiar pode se expressar num leque de alternativas, dentre as quais a capacitação dos sujeitos do conflito ao reconhecimento da necessidade de um especialista para julgar uma determinada questão, com o compromisso de aceitar o resultado”. (BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 84).

¹⁷¹ BEER, Jeniffer E.; PACKARD, Caroline C. *The Mediator’s Handbook* cit., p. 142. Tradução livre: Relações familiares são complicadas, intensas e contínuas. Essas mediações raramente são fáceis, entretanto elas podem ser profundamente satisfatórias.

¹⁷² TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 14.

possível perceber que os conflitos familiares são, em sua maioria, primeiramente relacionais para, em um segundo momento, se tornarem jurídicos.¹⁷³

Fato é que as relações familiares são continuadas e, por assim serem, determinadas questões devem ser tratadas com cautela a fim produzir o equilíbrio adequado na manutenção de sua estrutura, buscando-se a reestruturação do respeito entre as partes, ainda que da situação conflituosa sobrevenha certo distanciamento.

Dessa feita, a aplicação da mediação aos conflitos decorrentes das questões oriundas das famílias seria uma opção válida e bastante adequada, pois:

A mediação familiar significa acolher os familiares. Em outras palavras, seu foco de ação privilegia as pessoas com base em suas próprias perspectivas. Parte-se do pressuposto da existência de dificuldades e limitações momentâneas dos participantes de transformar seus conflitos e, em razão disso, da possibilidade de um terceiro lhes auxiliar na sua gestão.¹⁷⁴

A aplicação dos instrumentos da mediação na esfera dos conflitos familiares

[...] oferece, por intermédio de seu processo interativo, a conscientização das responsabilidades e dos papéis que cabem a cada um dos integrantes da família, tendo um terceiro sem qualquer caráter impositivo, que incentivará a promover uma nova dinâmica.

Segundo tal lógica, a mediação familiar pode ser entendida como:

Family mediation is about helping families grappling with unresolved conflict find ways to a solution. Family conflicts most often arise where there is significant change: parents separate, blended families form, an aging parent needs to move to a residential facility, a teenager has been acting out, a parent has developed an addiction and isn't available to care

¹⁷³ Portanto, “há uma nova conscientização a respeito do direito de família, baseada na necessidade de uma releitura mais atenta aos conflitos familiares, pois eles têm proliferado de uma forma assustadora, comprometendo o bom andamento da sociedade, daí a preocupação dos juristas para o encaminhamento de novos paradigmas, com ênfase na interdisciplinaridade” (CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família* cit., p. 87).

¹⁷⁴ BRAGA NETO, Adolfo (org.). *Mediação familiar: a experiência da 3.ª Vara de Família do Tatuapé* cit., p. 32.

for a child, and so on. These changes tend to be very stressful – emotions run high, people don't listen to each other, there is a lot at stake. Family mediators need to be able to help people work with difficult emotions, to know the right questions to ask (and when to ask them), and to know what information to bring forward. To make mediation satisfying for everyone, and for the mediation process to be truly effective, a family mediator must master both “process” and “context”.¹⁷⁵

Além disso, no que se refere ao fato de o acordo na mediação familiar ser construído, sua eficácia tende a ser muito maior do que a sentença judicial quando comparados, uma vez que a aplicação da lei aos casos das famílias nem sempre é a melhor, tampouco é a resposta esperada por uma, ou por ambas as partes, podendo, assim, resultar no agravamento da situação conflituosa pela sua inexecução e afastando-se de seu objetivo precípua.¹⁷⁶

Como ventilado, as famílias passam por constantes mudanças e as determinações legais nem sempre acompanham sua evolução. Portanto, encaminhar o conflito familiar à decisão de um terceiro pode trazer ineficácia prática daquilo que restou determinado na decisão produzida a partir do sistema heterocompositivo.¹⁷⁷ Em consonância com tal entendimento se posiciona a Professora Maria Berenice Dias:

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado, principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos. A resposta judicial nunca corresponde aos anseios de quem

¹⁷⁵ Disponível em: <https://www.fmc.ca>. Acesso em: 8 set. 2019. Tradução livre: A mediação familiar um procedimento que ajuda as famílias a encontrar maneiras de solucionar conflitos não resolvidos. Os conflitos familiares geralmente surgem onde há mudança significativa: os pais se separam, as famílias mistas se formam, um pai idoso precisa se mudar para uma instalação residencial, um adolescente está agindo sem controles, um pai desenvolveu um vício e não está disponível para cuidar de uma criança e assim por diante. Essas mudanças tendem a ser muito estressantes – as emoções aumentam, as pessoas não se ouvem, há muito em jogo. Os mediadores da família precisam ser capazes de ajudar as pessoas a lidar com emoções difíceis, a saber as perguntas certas (e quando perguntá-las) e a saber quais informações apresentar. Para tornar a mediação satisfatória para todos e para que o processo de mediação seja realmente eficaz, um mediador familiar deve dominar o “processo” e o “contexto”.

¹⁷⁶ “Dessa forma, dificilmente é obtido um efeito verdadeiramente pacificador com a imposição da decisão do juiz almejado pela prestação jurisdicional” (GOLDBERG, Flavio. *Mediação em direito de família: aspectos jurídicos e psicológicos* cit., p. 62).

¹⁷⁷ Conforme se observa, a hipótese normativa contida na norma geral e abstrata jamais será possível de conter a descrição coincidente com a realidade, razão pela qual sua flexibilização ante a autocomposição, principalmente nos casos de família, onde há envolvimento sentimental, evidencia ser a mediação um método que se destaca para a adequação entre as partes, deixando de haver um vencedor e um perdedor, para, então, passar a ter uma mútua cooperação entre as partes, visando um resultado útil a ambas.

busca muito mais do que resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar.¹⁷⁸

Não apenas as determinações legais mostram-se defasadas com relação à realidade das composições familiares e sua definição, como também aqueles que as interpretam e aplicam parecem não possuir a devida sensibilidade para compreender a complexidade de um conflito originário de uma estrutura erigida sob o pilar do afeto, tampouco devem fazê-lo visto sua função estrita de aplicar as determinações legais.¹⁷⁹

Em decorrência de tal situação, na qual a lei se mostra em descompasso e o intérprete e aplicador não têm a função de adaptação necessária da norma à realidade, é preciso buscar novas formas que possam suprir tais necessidades e garantir às partes o devido acesso à justiça. Em consonância com essa abordagem estão as ponderações do Ministro Antonio Cezar Peluso:

E o que na prática tem, com certa coerência, comprovado, é que os operadores jurídicos (advogados, juízes e promotores), menos por desinteresse que pela desproporção da obra perante a natural estreiteza da formação acadêmica, já não

¹⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* cit., p. 75.

¹⁷⁹ “As transformações sociais ocorridas a partir da segunda metade do século XX, o grande desenvolvimento da ciência psicológica, especialmente na área das relações familiares, e a queda das barreiras entre as ciências vieram a exigir mudanças no sentir, no pensar e no atuar de todos aqueles que entram em contato com famílias em situação de crise. As transformações sociais têm sido muitas e rápidas, e as mudanças legais não costumam acompanhar o ritmo, haja vista que, no Brasil, a lei tratada por Lei do Divórcio data de 1977 e as leis relativas à união estável, uma segunda forma de constituição de entidade familiar, datam, respectivamente, de 1994 e de 1996. Foram integradas ao Código Civil de 2002. Mudanças legais são importantes para alterações no encaminhamento dos processos, uma vez que os operadores do direito atuam de acordo com as normas legais e que a preocupação do juiz, em particular, tem que estar voltada para o cumprimento da lei. Nesse sentido, portanto, novas leis podem vir a ser importantes, desencadeantes de mudança de olhar ante uma determinada situação relacional. [...] Mas não é só a lei expressa, como fonte geral do Direito, que tem esses efeitos. Fontes do direito, como costumes, jurisprudência e doutrina, também traduzem o pensamento de uma época e começam a refletir a necessidade interdisciplinar psicojurídica nas questões da família. De outra parte, o atendimento especializado a casais e famílias com problemas emocionais e relacionais, apanágio da terapia familiar firmou, definitivamente, seu espaço profissional. É recorrente: transformações sociais vêm modificando as leis e o direito e novas leis vêm transformando a sociedade” (CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica* cit., p. 35).

conseguem alcançar, no ofício, os aspectos mais íntimos e as causas mais profundas dos conflitos familiares e, por conseguinte, não lhes podem descobrir nem predicar soluções jurídico-normativas que correspondam à complexa natureza das demandas. Não é demais afirmar que, pela multiplicidade de suas perspectivas analíticas, as questões de família já não podem obter respostas adequadas nos acanhados limites técnicos da dogmática jurídica. É preciso que os operadores jurídicos se abram e rendem às conquistas científicas das áreas afins e às contribuições doutros profissionais, que os ajudem captar, na gênese do caso concreto implicado em toda questão jurídica, a circunstâncias de ordem biológica, psicológica, sociológica etc. quase sempre inacessíveis à investigação não especializada, mas sem cuja percepção não há resposta, não diria justa nem jurídica, mas simplesmente humana aos conflitos de família.¹⁸⁰

Assim sendo, enquanto no âmbito do Poder Judiciário busca-se a adequação do fato à norma, na mediação os fatos são os agentes fomentadores da criação de opções capazes de solucionar adequadamente o conflito, sendo desnecessária a busca na legislação de seu enquadramento, pois a partir desse processo interpretativo-criativo desenvolvido pelas partes suas necessidades subjetivas tendem a ser atendidas.¹⁸¹

Observa-se, por oportuno, que, apesar de, no mais das vezes, os conflitos das famílias poderem ser submetidos à mediação e a partir dela encontrar soluções absolutamente adequadas e exequíveis, os casos em que seja relatada ou verificada pelo mediador a existência ou real possibilidade de violência doméstica, maus-tratos infantis, toxicodependência, doenças psíquicas e mentais e desequilíbrio de poder entre as partes, o prosseguimento do feito precisa ser observado com cautela, visto que há o risco de não ver cumprido o requisito essencial da mediação, que é a total autonomia e integridade das partes em relação às suas vontades pessoais.

¹⁸⁰ NAZARETH, Eliana Riberti (coord.). *Direito de família e ciências humanas*. Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família – Caderno de Estudos n.º 1. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998. p. 7-8.

¹⁸¹ “Diremos: os conceitos, quer normativos, quer empírico-naturais ou empírico-sociais, são seletores de propriedades. Nem tudo do real tem acolhida no universo das proposições. No campo do direito, especialmente, a hipótese apenas de sua descritividade, é qualificadora normativa do fático. [...] Então concluímos: a hipótese, que é proposição descritiva de situação objetiva possível, é construção valorativamente tecida, com dados-de-fato, incidentes na realidade e não coincidente com a realidade” (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: RT, 1977. p. 88-90).

Certamente, o que se pretende, a partir do encaminhamento dos conflitos familiares para mediação, não é retirar a importância e a competência do Poder Judiciário, pelo contrário¹⁸², quando, de maneira nenhuma, o diálogo entre as partes puder ser restaurado ou minimamente melhorado, ou seja, a via judicial sempre restará para aquelas questões que demandem das partes conflitantes aquilo que, naquele momento, elas não podem ou não querem dar em virtude da verificação da espiral do conflito.¹⁸³

3.2 Mediação familiar aplicada

Neste ponto, parece importante promover uma análise comparada da existência e aplicação do instituto da mediação aos casos de família no direito de outros países, no sentido de demonstrar que tal prática está presente em outras estruturas, a fim de conferir credibilidade ao procedimento e aumentar sua aceitação por parte dos usuários brasileiros.

3.2.1 Nos países latino-americanos

No que tange à mediação familiar nos países da América Latina, a Argentina foi o primeiro país que, desde 1992, se lançou na tentativa de

¹⁸² “A mediação no campo judicial não deve ser vista como panaceia dos tempos modernos nem como solução para todos os problemas da área de família, até porque nem todos os conflitos são mediáveis, segundo o conceito exposto. Ela deve ser vista, no entanto, como uma prática de pacificação das relações importante em um meio a mais de a rede social promover apoio aos membros da família em crise” (CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica* cit., p. 126).

¹⁸³ “The conflict spiral: As conflict intensifies, all kinds of consequences spiral outward, affecting individuals, relationships, tasks and decisions, and sometimes whole organizations and communities. *Personal responses*. The stress of conflict provokes strong feelings of anxiety, anger, hostility, depression, and even vengeance. Every action or non-action of the other side becomes suspect. People become increasingly rigid in how they see the problem and what solutions they demand. It can be difficult for them to think clearly or to see what is happening” (BEER, Jeniffer E.; PACKARD, Caroline C. *The Mediator's Handbook* cit., p. 12). Tradução livre: A espiral do conflito: À medida que o conflito se intensifica, todos os tipos de consequências se expandem, afetando indivíduos, relacionamentos, tarefas e decisões, e às vezes organizações e comunidades inteiras. *Respostas pessoais*. O estresse do conflito provoca fortes sentimentos de ansiedade, raiva, hostilidade, depressão e até vingança. Toda ação ou não ação do outro lado se torna suspeita. As pessoas se tornam cada vez mais rígidas na maneira como veem o problema e em quais soluções exigem. Pode ser difícil para eles pensar claramente ou ver o que está acontecendo.

promover a institucionalização e o desenvolvimento dos métodos alternativos de solução de conflito a partir da promulgação do Decreto 1.480/1992.

A partir do texto legal desse Decreto, que determinava as formas de ação, no ano de 1994, foi proposto um projeto-piloto de mediação objetivando sua disseminação, antes mesmo de ser promulgada uma lei vinculativa aos cidadãos argentinos.¹⁸⁴

No ano de 1996, foi editada a Lei 24.573/1996, regulamentada pelo Decreto 91/1998, que determinou como obrigatório o encaminhamento prévio para mediação de toda demanda judicial que fosse proposta. Essa mesma Lei dispunha sobre a autorização da mediação privada, que, caso tivesse ocorrido antes da propositura de determinada ação e por mediador registrado pelo Ministério da Justiça, poderia dispensar a ocorrência da mediação obrigatória prévia. Nessa lei previu-se a exclusão de todas as causas familiares, exceto causas patrimoniais decorrentes destas que deveriam ser encaminhadas à mediação. Tal exclusão foi severamente criticada pela Academia Nacional de Direito e Ciências Sociais de Buenos Aires, tendo tal entendimento sido ampliado pela presidência da Câmara Nacional de Apelações no Civil.¹⁸⁵

Em 2010, foi promulgada a Lei nº 26.589, de caráter nacional, determinando como obrigatória a mediação prévia a todo processo judicial, respeitadas as exceções previstas em seu próprio texto. Apesar da existência dessa lei, sobreveio a competência das vinte e três províncias da Argentina para dispor sobre tal questão, das quais quinze determinaram a mediação prévia obrigatória em matérias civil e de família, tendo as demais a deixado como alternativa voluntária das partes.

Nesse sentido, é importante ponderar que, no que diz respeito à Justiça Federal e nacional, a mediação está conectada aos tribunais, ou seja, o Poder Judiciário participa da forma da mediação, mas não a administra. No que concerne a outras jurisdições, a mediação está anexa aos tribunais, isto é, ela não apenas administra o procedimento, como é responsável pela capacitação dos profissionais, pelo monitoramento dos trabalhos realizados e pela avaliação sobre a evolução das práticas.

¹⁸⁴ ROBLES, Tatiana. *Mediação e direito de família* cit., p. 93.

¹⁸⁵ Idem, p. 94.

Em vista de seu pioneirismo nas questões atinentes aos estudos e implementação dos métodos adequados de tratamento de conflito, ficou determinado, a partir da reunião da EUROsocial¹⁸⁶ – programa social para coesão dos países latino-americanos –, ocorrida em São José da Costa Rica, no ano de 2013, que a Argentina coordenaria os trabalhos desenvolvidos para o fortalecimento dos mecanismos alternativos de solução de conflito na América Latina por meio da Comissão Nacional de Acesso à Justiça (CNAJ).

Sobre os referidos trabalhos coordenados pela Argentina, sua primeira atribuição foi pesquisar e elaborar um mapa de acesso à justiça, que analisaria o estágio de implementação de métodos alternativos de resolução de conflitos em cada jurisdição e disponibilizaria os resultados para acesso mundial.

Com base nesse levantamento de dados, foi possível produzir a Quadro 1, que traz informações sobre alguns dos países da América Latina e seus estágios evolutivos com relação à mediação familiar.

Quadro 1 – Análise da mediação familiar nos países da América Latina

País	Previsão de Mediação Familiar	Lei Nacional de Mediação	Características
Argentina	✓	Ley 26.589/2010	<ul style="list-style-type: none"> • Obrigatória • Assuntos: alimentos, pensão, guarda, visita, divórcio, partilha, danos ou prejuízos advindos do matrimônio • Prática multidisciplinar que enxerga a mediação como uma maneira de se chegar ao acordo
Bolívia	Sobre os métodos alternativos, no momento, apenas estão regulamentadas a arbitragem e a conciliação.		
Brasil	✓	Lei 13.140/2015	<ul style="list-style-type: none"> • Assuntos: guarda, pensão, visitas, alimentos, divórcio, partilha, inventário • Voluntário • Confidencial

¹⁸⁶ Disponível em: <http://eurosocial-ii.eurosocial.eu/es/pagina/el-programa>. Acesso em: 10 out. 2019.

País	Previsão de Mediação Familiar	Lei Nacional de Mediação	Características
Chile	✓	Ley 19.968/2004	<ul style="list-style-type: none"> • Sistema criado pelo Estado em que a cada três anos se faz uma licitação em que um Centro de Mediação é escolhido para prestar os serviços a um determinado número de casos, sendo esses serviços supervisionados pelo Ministério da Justiça • Independe do Poder Judiciário e Executivo
Costa Rica	✓	Ley 7.727/1998	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Casas de Justicia</i>: serviço gratuito oferecido aos cidadãos, sem a necessidade de contratação de advogado¹⁸⁷ • Assuntos: alimentos, visitas
Equador	✓	<ul style="list-style-type: none"> - Ley de Arbitraje y Mediación/1997 - Código Orgánico General del Procesos/2015 - Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia 	<ul style="list-style-type: none"> • Assuntos: Alimentos, visitas, guarda
Honduras	✓	<ul style="list-style-type: none"> - Decreto 161/2000 - Decreto 211/2006 	<ul style="list-style-type: none"> • Divórcios consensuais exigem, obrigatoriamente, um acordo prévio sobre alimentos, guarda visitas e partilha de bens comuns • Até o momento, não existem experiências de mediação judicial, pois, embora a lei permita a submissão de qualquer conflito aos meios alternativos de solução de conflito, não existe previsão legal que obrigue o sistema judicial a criar toda uma infraestrutura para atender serviços desse tipo
Paraguai ¹⁸⁸	✓	Ley 1879/2002	<ul style="list-style-type: none"> • Judicial e extrajudicial • Voluntário • Gratuito quando pela via judicial • Confidencial • Flexível • Assuntos: alimentos, visitas, reconhecimento de parentalidade, entre outros
Peru	Sobre os métodos alternativos, no momento, apenas estão regulamentadas a arbitragem e a conciliação.		

¹⁸⁷ Disponível em: <https://www.mjp.go.cr/viceministeriopaz/DepenDinarac?nom=casas-justicia>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹⁸⁸ Disponível em: <https://www.pj.gov.py/contenido/150-direccion-de-mediacion/150>. Acesso em: 10 out. 2019.

País	Previsão de Mediação Familiar	Lei Nacional de Mediação	Características
Uruguai	✓	- Const. 1967 - Ley 16.995/1998 - Acordada 7.276/1996 - Ley de Presupuesto 17.296 - Ley 18.566/2009 - Ley 17.823/2004	<ul style="list-style-type: none"> • Voluntária • Gratuita • Cível, família e outros
Nicarágua	✓	- 278/1997 - 260/1998 - 406/2001 - 540/2005	<ul style="list-style-type: none"> • Voluntário • Judicial: Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua • Confidencial • Com tempo limitado • Acordo com eficácia judicial
Colômbia	✓	Ley 906/2004	<ul style="list-style-type: none"> • Apenas questões penais são submetidas à mediação, os demais assuntos são encaminhados para conciliação
Panamá	✓	Decreto Ley 5 de 8 de Julio de 1999	<ul style="list-style-type: none"> • Assuntos: pensão, visita, guarda, alimentos gravídicos, partilha de bens, interdição [...] • Voluntária
El Salvador	✓	Decreto 733/2008	

Fonte: elaborada pela autora com bases nos dados da CNAJ.

Pode-se depreender a partir da análise dos dados apresentados que a maioria dos países da América Latina encampou a ideia dos métodos adequados de solução de conflitos, entre eles a mediação familiar, a exemplo de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Equador, Honduras, Paraguai, Uruguai, Nicarágua, Panamá.

Em função de os sistemas jurídicos não possuírem as mesmas características – consequência lógica da formação histórica de cada um deles –, a estrutura de funcionamento da mediação familiar não é a mesma do Brasil, mas o que se pode perceber é a intenção de propagar a cultura em que o litígio dá espaço para o diálogo.

3.2.2 Nos países da União Europeia

Atualmente, a União Europeia,¹⁸⁹ no papel de representante de seus Estados-Membros no que concerne à convergência de seus arcabouços legais, estabeleceu a Diretiva 2008/52/CE, que determina aspectos basilares que

¹⁸⁹ Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_crossborder_family_mediation-372-en.do. Acesso em: 10 out. 2019.

devem ser seguidos por todos os Estados-Membros nos casos de mediações civil e comercial.

No que diz respeito à prática da mediação familiar, prescreve que serão aplicadas em caráter de regra geral as regras previstas da Diretiva supracitada, podendo ainda ser somada a ela outras normas regulamentadas por cada um dos países, tal como se pode observar na Quadro 2 a seguir.

Ademais, é de suma importância destacar a Recomendação 98¹⁹⁰ do Conselho Europeu para os Estados-Membros que, desde 1998, previa a utilização da mediação familiar como método aplicável na resolução dos conflitos.

Quadro 2 – Análise da mediação familiar na União Europeia

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas Adicionais Específicas	Características
Bélgica	✓		<ul style="list-style-type: none"> • Judicial e extrajudicial • Voluntária • Confidencial • Fases: (i) escolha do mediador; (ii) pagamento da remuneração do mediador; (iii) resultado • Nos casos de família, o juiz deve informar às partes sobre a existência e o potencial da mediação • Não é gratuito
Bulgária		Law of Mediation and Regulation 2 of 15th March 2007	<ul style="list-style-type: none"> • As áreas de atuação da mediação ainda não são regulamentadas, por essa razão, usualmente, a mediação tem se restringido à área comercial • Os custos são estipulados entre mediandos e mediador
República Checa	✓	Lei 202/2012	<ul style="list-style-type: none"> • Judicial com duração máxima de três horas

¹⁹⁰ Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804ee220#globalcontainer. Acesso em: 10 out. 2019.

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas Adicionais Específicas	Características
Dinamarca		- Chapter 27 of the Administration of Justice Act - Act 467 of 12 June 2009	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicação em questões cíveis e penais, sem determinação específica sobre quais questões podem ser mediadas • Cada parte arca com as custas do procedimento • Mediadores: juízes, concursados ou advogados que tenham sido aprovados pela Corte Administrativa
Alemanha	✓	Mediationsgesetz/2012	<ul style="list-style-type: none"> • Possibilidade de discussão sobre: pensão, guarda, visita e partilha • Encaminhamento feito pelo magistrado • Mediação pré-processual obrigatória
Estônia	✓	Perekonnaseadus/2009	<ul style="list-style-type: none"> • Judicial e extrajudicial • A finalidade é tornar exequível o acordo • Três tipos de financiamento: (i) parcial pela administração local; (ii) assistência judiciária gratuita; (iii) iniciativa privada
Irlanda	✓	Mediation Act/2017	<ul style="list-style-type: none"> • Voluntária
Grécia	✓	Law 3.898/2010	<ul style="list-style-type: none"> • Confidencialidade, mas com publicação das atas • Remuneração suportada pelas partes de modo equânime • Judicial e extrajudicial
Espanha	✓	Ley 5/2012 de 6 Julio 2012	<ul style="list-style-type: none"> • Voluntária • Judicial e extrajudicial, sendo possível levar o acordo extrajudicial para registro em Cartório quando não envolver filhos menores e/ou com deficiência • Relatos de violência impedem a mediação • Remuneração do mediador suportada pelas partes • Mediadores precisam ter curso superior e curso de mediação

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas Adicionais Específicas	Características
França	✓	Code de l'action sociale et des familles/2003	<ul style="list-style-type: none"> • Judicial e extrajudicial • Tabela de custos oficiais pelos serviços de mediação • Voluntária • Prática interdisciplinar que enxergar na mediação uma maneira de transformar o conflito • Possui duas associações federais voltadas à mediação familiar: <i>l'Association pour la médiation familiale</i>¹⁹¹ e <i>Fédération nationale de la médiation et des espaces familiaux</i>¹⁹² • Assuntos: guarda, alimentos, partilha, visitas • Até dezembro de 2019 está vigente para 11 tribunais a determinação de mediação prévia obrigatória¹⁹³
Croácia	✓	Obiteljski zakon/2015 Pravilnik o obiteljskoj medijaciji/2014	<ul style="list-style-type: none"> • Aconselhamento familiar obrigatório • A mediação familiar é voluntária, sendo apenas a primeira sessão obrigatória • Quaisquer questões de família podem ser submetidas à mediação • Não é cabível em casos de execução e satisfação de medidas cautelares • Confidencialidade
Itália	✓	- Lei 69/2009 - Lei 162/2014 - Lei 76/2016	<ul style="list-style-type: none"> • Obrigatoriedade de sessão prévia para discussão de questões que envolvem empresas familiares • Voluntariedade em relação ao demais litígios • Judicial ou extrajudicial • Advogados são mediadores de pleno direito

¹⁹¹ Disponível em: <https://www.apmf.fr>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹⁹² Disponível em: <http://www.fenamef.asso.fr>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹⁹³

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas Adicionais Específicas	Características
Chipre		Não existem leis específicas sobre mediação	<ul style="list-style-type: none"> • Está tramitando, no órgão equivalente à Câmara dos Deputados no Brasil, proposta de lei sobre a questão específica da mediação familiar, contudo ainda está em debate • Não é gratuito, apesar de os custos com a mediação não estarem determinados, assim o pagamento deve ser acordado entre as partes e o mediador
Letônia	✓	Mediācijas likums/2014	<ul style="list-style-type: none"> • Assim que é proposta uma demanda judicial, a parte recebe uma hora gratuita para consulta com mediador • Desde 2017, o Estado financia um programa em que as partes litigantes podem se beneficiar de cinco sessões de mediação gratuitas • Obrigatoriedade de os juízes proporem às partes à mediação como alternativa
Lituânia	✓	Lietuvos Respublikos mediacijos įstatymas/2019	<ul style="list-style-type: none"> • Mediador escolhido pelas partes • Mediador tem um contrato de prestação de serviços no qual declara se seu trabalho é voluntário ou não • Confidencialidade • Obrigatória em casos de disputa familiar • As pessoas que se utilizam da mediação ao longo de um processo judicial têm direito à isenção do imposto de selo
Luxemburgo	✓	Loi du 24 du février 2012- Mém A.37	<ul style="list-style-type: none"> • Questões passíveis de mediação: divórcio, partilha de bens, alimentos e guarda • Judicial e extrajudicial

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas Adicionais Específicas	Características
Hungria	✓	A közvetítői tevékenységről szóló 2002. évi LV. törvény	<ul style="list-style-type: none"> • Abrange litígios cíveis, exceto questões que envolvam o término do poder familiar, reconhecimento de paternidade, entre outros • Previsão de benefícios financeiros para as partes que durante o curso judicial optam pela mediação e conseguem se compor • Voluntária • Possibilidade de o acordo extrajudicial obtido pela mediação ter efeito executivo, caso encaminhado para homologação judicial • Não é gratuito, sendo que o pagamento deve ser acordado entre o mediador e as partes
Malta	✓	Chapter 474 from Mediation Act/2004	<ul style="list-style-type: none"> • Questões passíveis de mediação: separação, divórcio, pensão, alimentos, visita, guarda • A mediação inicia-se a partir da verificação dos requisitos da carta enviada ao Secretário do Tribunal solicitando a instauração do procedimento ou ainda por meio de uma nota quando as partes já estiverem de acordo sobre a mediação
Países Baixos	✓	Directive 2008/52/EC	<ul style="list-style-type: none"> • Existência do “The Dutch Mediation Institute” que funciona como um instituto que visa aumentar a conscientização sobre a mediação, bem como garantir altos níveis dos serviços disponibilizados • “Mediation naast rechtspraak” equivale à mediação judicial; nessa modalidade todas as instâncias do Poder Judiciário devem alertar as partes sobre a possibilidade de optar pela mediação • Voluntária • Não é gratuita
Áustria	✓	Außerstreitgesetz/2003	<ul style="list-style-type: none"> • Os magistrados encaminham

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas Adicionais Específicas	Características
Polônia	✓	Amended by the Order of the Minister for Justice of 1 July 2011	<ul style="list-style-type: none"> • Judicial ou extrajudicial • Voluntária • Confidencial • Questões passíveis de mediação: reconciliação, condições de separação, guarda, visitas, pensão, alimentos, partilha de bens e habitação • Impossibilidade de o mediador ser testemunha em qualquer processo judicial superveniente • As partes arcam com a remuneração dos mediadores, normalmente, dividem-se os valores • Se chegar a um acordo antes do início julgamento, tem direito ao reembolso de cem por cento das custas judiciais • Se chegar a um acordo após o início do julgamento, podem reembolsar setenta e cinco por cento das custas judiciais
Portugal	✓	Lei 29/2013	<ul style="list-style-type: none"> • Voluntária • Judicial ou extrajudicial • Para ter força executória, tanto o acordo judicial quanto o extrajudicial devem ser homologados • Duração máxima de mediação familiar é de três meses • O custo da mediação pública é de cinquenta euros para cada uma das partes, devendo ser paga logo no início • Instituto Português de Mediação Familiar: primeira entidade a formar mediadores familiares¹⁹⁴ • Sistema de Mediação Familiar promovido pelo Ministério da Justiça¹⁹⁵ • Confidencialidade estendida para todo conteúdo das sessões de mediação

¹⁹⁴ Disponível em: <https://www.ipmediacaofamiliar.org>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹⁹⁵ Disponível em: <https://justica.gov.pt/Servicos/Pedir-mediacao-familiar>. Acesso em: 10

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas Adicionais Específicas	Características
Romênia	✓	Lei 192/2006	<ul style="list-style-type: none"> • Não podem ser submetidos à mediação direitos estritamente pessoais • A opção pelo divórcio deve ser encaminhada ao tribunal para que ele se pronuncie • Acordos que envolvam guarda, pensão, alimentos, domicílio do menor assumem forma de decisões judiciais
Eslovênia	✓	Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah/2008	<ul style="list-style-type: none"> • Gratuita para as partes, visto que o Tribunal suporta todos os gastos • Trabalho com comediador, e um deles necessariamente deve ser advogado e o outro deve possuir conhecimentos na área de psicologia ou semelhante
Eslováquia	✓	Lei 420/2004 (sobre mediação em termos gerais)	<ul style="list-style-type: none"> • Os tribunais são obrigados a ordenar ou recomendar a mediação • Voluntária
Finlândia	✓	<ul style="list-style-type: none"> - Lei 234/1929 - Lei 394/2011 	<ul style="list-style-type: none"> • Judicial e extrajudicial • Para que um acordo extrajudicial seja exequível, é preciso que seja homologado por um funcionário do serviço de proteção de menores • Voluntária • Confidencial • Gratuita
Suécia	✓	Não existem leis específicas sobre mediação	<ul style="list-style-type: none"> • O magistrado pode determinar a obrigatoriedade da participação • O tribunal decide quem será nomeado mediador • Remuneração do mediador é paga pelo Estado • Essencialmente, voluntária • Não é gratuita, devendo o pagamento ser ajustado em partes igual entre as partes e o mediador

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas Adicionais Específicas	Características
Reino Unido	✓	<p>Inglaterra e País de Gales - Civil Procedure Rules – Family Procedure Rules</p> <p>Irlanda do Norte Cross-Border Mediation Regulations (NI) 2011 (SR 2011 n. 157)</p> <p>Escócia Não existem leis específicas sobre mediação</p> <p>Gibraltar Não existem leis específicas sobre mediação</p>	<p>Inglaterra e País de Gales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Padrões de mediação familiar determinados pelo Conselho de Mediação da Família, “Family Mediation” (órgão não governamental, composto pelo (i) ADR Group; (ii) Family Mediators Association; (iii) National Family Mediation; (iv) College of Family Mediators; (v) Resolution; e (vi) The Law Society) • Voluntária <p>Irlanda do Norte</p> <ul style="list-style-type: none"> • Treinamento e credenciamento de mediadores não são regulamentados pelo Estado • Profissão autorreguladora, com critérios variáveis de acordo com a organização escolhida • Voluntário <p>Escócia</p> <ul style="list-style-type: none"> • Voluntária • O custo da mediação não é fixado pelo Estado • Existe um Registro de Mediação Escocês com os dados de cada mediador que atende os padrões mínimos para mediar <p>Gibraltar</p> <ul style="list-style-type: none"> • Voluntária

Fonte: elaborado pela autora com base nos dados European e-Justice.

Como se pôde constatar, os Estados-Membros da União Europeia, tal como ocorreu com os países na América Latina, aderiram às práticas dos meios alternativos de tratamento de conflitos. Embora a estruturação dos sistemas não seja a mesma, o que resulta na aplicação diferenciada de cada um dos instrumentos disponíveis, a finalidade pretendida é igual, qual seja a modificação de uma cultura litigiosa para uma cultura em que as pessoas prezem pelo diálogo.

No mais, considerando a relevância de alguns acontecimentos no contexto da Inglaterra e da França para a difusão da mediação familiar pelo

mundo, estes devem ser rememorados para se tomar consciência de que muito já foi feito por sua disseminação.

Em 1977, em Briston, o pesquisador inglês Gwynn Davis deu forma a um serviço de conciliação no Tribunal local para atuar diretamente com questões familiares antes de serem juridicamente promovidas as respectivas demandas prescritas. Tal projeto resultou na criação, em 1978, do primeiro serviço de mediação independente, desenvolvido por Lisa Parkinson.¹⁹⁶

O resultado positivo dessas duas experiências deu origem à *Family Mediators Association*, associação responsável pela elaboração de um código nacional da mediação que serviu como pauta para os demais trabalhos que se seguiram nessa mesma linha.¹⁹⁷

As experiências inglesas foram utilizadas pela França em sua readaptação daquilo que efetivamente funcionaria como mediação familiar. Assim, somadas as experiências inglesas, canadenses e americanas, a França obteve como resultado uma mediação familiar interdisciplinar.¹⁹⁸ Diante de tal resultado, foi possível pensar para além do acordo entre as partes, visando o fomento de um princípio ético em que as partes, a partir da vivência da mediação, seriam capazes de desenvolver um comportamento humano diferenciado voltado ao processo comunicacional.¹⁹⁹

Em razão disso, a França serviu de parâmetro e modelo para os demais países da Europa que hoje atuam no sentido de criar uma estrutura funcional, na qual o acordo seja produto da construção das partes que compreenderam tal sistemática.

3.2.3 Nos países norte-americanos

A princípio, aquele que pensa em mediação no cenário dos países norte-americanos encaminha-se no sentido do desenvolvimento da via denominada *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

¹⁹⁶ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 10-11.

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁸ Idem, p. 15.

¹⁹⁹ Idem, p. 16.

Fato é que, quando esse conceito de meios alternativos de solução de controvérsias foi criado dentro do sistema jurídico norte-americano, sua proposta contemplava uma via alternativa à justiça estatal que teria como resultado a redução do número de processos judicializados, ou seja, na prática, o acordo era o foco daquela proposta.²⁰⁰

Contudo, não se pode afirmar que a mediação familiar tem vinculação direta com o desenvolvimento do sistema ADR, visto que, já em 1974, o advogado O. J. Coogler publicou suas experiências como mediador familiar privado em um livro denominado *Structured mediation in divorce settlement: a handbook for marital mediators*, dando ensejo ao início do desenvolvimento das práticas nesse sentido.²⁰¹

Atualmente, a prática da mediação familiar está consolidada nos Estados Unidos, mas sua estrutura ainda mantém alguns traços característicos da negociação cooperativa advinda do modelo ADR, entre eles a busca por alternativas e o resultado – acordo – pautado por critérios objetivos.

Se analisados separadamente, os países que pertencem à América do Norte, tanto quanto os demais países do resto do mundo, seguem o caminho da adoção de métodos alternativos de solução de conflito, estando a mediação familiar dentro da pauta de métodos resolutivos conhecidos e implementados, tal como se pode observar a partir da análise da Quadro 3 a seguir.

Quadro 3 – Análise da mediação familiar nos países norte-americanos

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas	Características
México	✓		<ul style="list-style-type: none"> • Judicial ou extrajudicial • Assuntos que podem ser resolvidos: guarda, pensão, visitas, divórcio, partilha de bens, sucessão • Centro de Justicia Alternativa (CJA) é uma dependência do Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México • A mediação no CJA é gratuita

²⁰⁰ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 12.

²⁰¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La médiation*. Paris: PUF, 1995. p. 14 *apud* BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 6.

País	Previsão de Mediação Familiar	Normas	Características
Estados Unidos	✓	Uniform Mediation Act/2001	<ul style="list-style-type: none"> • Judicial (estatutária, contratual, voluntária, por determinação judicial) e extrajudicial • Confidencial • Mediação pré-processual obrigatória
Canadá	✓	Children's Law Reform Act Family Law Act Federal Divorce Act	<ul style="list-style-type: none"> • Judicial e extrajudicial • As partes arcam com a remuneração do mediador de maneira equivalente • Voluntário • Confidencial

Fonte: elaborado pela autora.

Assim como em outros países, a mediação é uma realidade também nos países da América do Norte. Em que pese a estruturação do direito ser sob as bases do sistema common law, existe espaço para o bom desenvolvimento da mediação familiar, uma vez que o que se observa na essência é a relação humana entre os membros do núcleo familiar, e não a ordem jurídica, propriamente dita, de cada um dos países.

3.3 Finalidade da mediação familiar

Quando surge a pergunta sobre qual é a finalidade da mediação familiar, a princípio, a resposta, por mais diversa que possa ser, deve levar em conta dois aspectos estruturais do procedimento: (i) solução consensual; e (ii) fomento à cultura da paz.

Sobre a solução consensual, em que pese a mediação familiar não ter como finalidade primária o acordo,²⁰² quando este é alcançado, o que se verifica é o pleno empoderamento das partes conflitantes com relação a si mesmas de se sentirem capazes de resolver suas questões conflituosas. Nas palavras de Adolfo Braga Neto:

A mediação familiar não tem por escopo a obtenção de acordo. Este não é, e não deve ser o seu objetivo prioritário.

²⁰² “Convém ressaltar que a mediação familiar não visa pura e simplesmente ao acordo. Visa, antes, como dito anteriormente, construir soluções a partir de mudanças ou movimentos pessoais dos participantes em direção ao seu fortalecimento e ao reconhecimento mútuo” (BRAGA NETO, Adolfo (org.). *Mediação familiar: a experiência da 3.ª Vara de Família do Tatuapé cit.*, p. 33).

O que se busca é a resolução do conflito, a melhor solução para aquele determinado caso. [...] visa o acolhimento das pessoas durante todo o processo dialógico, preservando a sua vontade, se desejam e consideram o momento adequado para decidir sobre suas vidas e suas famílias, e se der, se houver momento propício, buscando construir parâmetros para o futuro da família envolvida no conflito.²⁰³

Quando se fala em acolhimento, preservação da vontade, autonomia das partes e construção consensual de elementos comuns, indiretamente se faz referência aos instrumentos que o mediador faz uso para que as partes possam percorrer esse caminho do tratamento do conflito e então encontrarem, por si próprias, a solução para seu problema.²⁰⁴

Assim, pode-se dizer que, muito mais do que o simples acordo, o caminho percorrido para se chegar à solução consensual é a finalidade da mediação familiar, dado que a partir de sua vivência se constata que a mediação familiar “Devuelve a las partes la autoestima, la posibilidad de hablar con claridad, en un nivel equitativo, y cambia el sentimiento de que el otro quiere solo perjudicarlo”.²⁰⁵

No que tange ao fomento da cultura de paz, segundo elemento destacado na contextualização a finalidade da mediação familiar, deve-se atentar à modificação dos sentimentos das partes, uma pela outra, como elemento central de tal proposição. Essa transformação certamente pode ser caracterizada como finalidade da mediação, pois o que se pretende é eliminar o aspecto adversarial e competitivo existente entre as partes.

Nesse cenário, a responsabilidade pessoal de cada uma das partes fica em evidência, pois o resultado prático da questão conflituosa depende, única e exclusivamente, de suas propostas e de suas condutas em relação ao que restar acordado.²⁰⁶

²⁰³ BRAGA NETO, Adolfo (org.). *Mediação familiar: a experiência da 3.ª Vara de Família do Tatuapé* cit., p. 17.

²⁰⁴ Disponível em: <https://www.justice.fr/médiation-familiale>. Acesso em: 10 out. 2019.

²⁰⁵ FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica* cit., p. 138.

²⁰⁶ “O processo de mediação possibilita a conscientização dos sujeitos acerca da dimensão do litígio, de seus direitos e deveres, da necessidade da continuação das relações parentais de forma saudável. Estimula-os para a corresponsabilização no tocante ao processo educativo dos filhos, ao contrário do processo judicial que enfatiza, de maneira constante, apenas a necessidade de demonstração da culpa do outro, objetivando a prolação de uma sentença que imponha uma punição ao outro” (ROBLES, Tatiana. *Mediação e direito de família* cit., p. 64).

Pensar no acordo como finalidade da mediação familiar é reduzi-la à técnica da conciliação. Sem dúvida, as partes conflitantes almejam a resolução de seu conflito, mas, ainda que não se alcance a consensualidade sobre o ponto controvertido, todos os instrumentos utilizados pelo mediador surtiram efeitos em suas vidas em outras áreas de estudo que não exclusivamente a jurídica, garantindo a substituição de uma cultura adversarial por uma *cultura cooperativa de paz*.²⁰⁷

A partir dessa dinâmica, é possível afirmar que o efetivo acesso à justiça e o fomento da cultura da paz social se escondem atrás da solução consensual de determinado conflito, na medida em que as partes conflitantes tomam consciência de seus papéis e responsabilidades sociais e familiares, e entendem que ninguém melhor do que elas, no exercício pleno de suas liberdades, para decidir o melhor desfecho para seus problemas.²⁰⁸

Aplicar a mediação nas questões das famílias é primar não pelo acordo entre seus membros, mas sim pela mudança pessoal advinda da experiência vivenciada durante o decorrer das sessões de mediação. Logo, a resolução do conflito familiar é possibilitada pelo redimensionamento da conduta subjetiva de cada uma das partes perante a outra.

Por assim ser, a finalidade da utilização da mediação familiar deve ser pensada sob o espectro da compreensão da interligação das relações humanas no sentido de produzir uma consciência de que cada um é responsável por seus atos, devendo lidar com suas consequências.

3.4 Vantagens da solução mediada familiar

Demonstrada a finalidade da mediação familiar, cabe, nesse momento, detalhar algumas das principais vantagens da solução mediada, visando diferenciá-la daquelas produzidas pelas demais formas de solução de

²⁰⁷ “A mediação como instrumento de mudança – e não de reforma – não tem como objetivo desafogar o Judiciário por meio da celebração de acordos, sob a aparência de pôr fim ao litígio, mas acaba tendo como efeito a diminuição da litigiosidade e a redução do número alarmante de processos” (BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 99).

²⁰⁸ “A mediação, desde que bem organizada e praticada com qualidade, é um poderoso instrumento de estruturação melhor da sociedade civil. Por meio dela, vários segmentos sociais poderão participar da mencionada obra coletiva, de uma sociedade mais harmoniosa, coesa e com acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça) cit., p. 106).

conflito e, dessa maneira, evidenciar os benefícios do encaminhamento dos litígios que orbitam em torno das questões das famílias.

A primeira vantagem da mediação diz respeito a seu procedimento, uma vez que este, diferentemente^e de outros, é confidencial, nos termos do artigo 30 da LMed.²⁰⁹ Não obstante existam diversos meios que possam ter características que se assemelham à confidencialidade da mediação, a exemplo do segredo de justiça, no presente caso a confidencialidade envolve tanto os mediadores quanto as partes, os advogados e outras pessoas que estiveram presentes na sessão de mediação.

No mais, a confidencialidade obsta, por exemplo, a atuação das pessoas envolvidas, incluindo o mediador, de participar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais relacionados ao objeto da demanda sujeita à mediação. A exceção se dá nos casos em que as partes entenderem de maneira diferente (ou seja, renunciarem à confidencialidade), houver comando normativo expedido por lei ou quando a divulgação da sessão mediada não for atendida, sendo necessária a realização de outros procedimentos que assegurem seu cumprimento.²¹⁰

²⁰⁹ “Art. 30. 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 cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1.º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a 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. § 2.º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial. § 3.º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública. § 4.º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no *caput* prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional” (BRASIL. Lei n.º 13.104/2015 – LMed cit.).

²¹⁰ “[...] Essa regra não é absoluta; se as partes abrirem mão, expressamente, desta cláusula, as informações poderão ser reveladas e até mesmo utilizadas em tais processos adversariais. Outra hipótese, em que a confidencialidade não prevalecerá, diz respeito à exigência da quebra de sigilo por lei ou por requisição judicial, na hipótese de segurança nacional, por exemplo. Vale, outrossim, incluir no rol das exceções da confidencialidade eventual informação obtida pelo mediador no curso da mediação que possa colocar em risco a ordem pública, a vida ou a segurança de uma das partes. Por fim, a última exceção a esse princípio diz respeito à divulgação da informação quando for necessária para o cumprimento do acordo” (TILKIAN, Rubens Decoussau. *Comentários à Lei de*

O fato de o procedimento da mediação ser confidencial distingue-o sobremaneira da via judicial que, por via de regra, desenvolve-se em um modelo de publicidade plena dos atos, observadas as exceções atinentes à proteção de menores e outras características da família (vide artigos 93, IX, da CF²¹¹ e 189 do CPC).²¹²

A confidencialidade contribui ainda para o estabelecimento de uma relação de confiança das partes entre si, e até mesmo das partes com o mediador, as quais poderão mencionar fatos sigilosos, inclusive em sessão privada, com o intuito de possibilitar que o mediador conduza o procedimento da melhor forma possível. *Convergindo* com tal ponderação está o seguinte trecho:

Confidencialidade: é a essência do procedimento de mediação. Sem confidencialidade, as partes não estarão seguras para a apresentação real do problema, discussão comum daquilo que é objeto do conflito e, por consequência, não estarão abertas para eventuais soluções que possam ser consideradas. Confidencialidade pressupõe sigilo e envolve todo o procedimento, incluindo documentos apresentados, laudos realizados, propostas de acordo formuladas. E essa confidencialidade não se restringe ao mediador, mas abrange todos aqueles que participam ou de alguma forma colaboram com o procedimento (observadores, comediantes, estagiários, advogados etc.), incluindo os mediados, que não poderão utilizar documentos e informações divulgados na mediação em eventuais processos judiciais.²¹³

Mediação cit., p. 165-166).

²¹¹ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]” (BRASIL, Constituição Federal de 1988, cit.).

²¹² “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I – em que o exija o interesse público ou social; II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1.º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. § 2.º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação” (BRASIL, Código de Processo Civil, cit.).

²¹³ TILKIAN, Rubens Decoussau. *Comentários à Lei de Mediação* cit., p. 73.

Estabelecida a confiança das partes relativamente ao procedimento e ao mediador, uma segunda vantagem surge no objetivo central da mediação como meio de solução de controvérsias, qual seja: a restauração da comunicação entre as partes conflitantes.²¹⁴

O ambiente colaborativo criado a partir da exposição dos princípios básicos da mediação – voluntariedade, autonomia da vontade das partes, confidencialidade e informalidade – sugere a possibilidade de as partes exporem, de maneira não restritiva ou formal, aquilo que realmente as encaminha para o conflito.

Nesse ponto, o mediador atua como gestor²¹⁵ dessa exposição feita pelas partes, reduzindo o desgaste emocional causador do litígio e, via reflexa, melhorando o diálogo entre elas ou evitando, no mínimo, que a controvérsia se agrave ainda mais.

O restabelecimento da comunicação viabiliza a construção conjunta de alternativas para a situação problemática, pois as partes reconstróem o conflito a partir de opções por elas mesmas pensadas e estruturadas, em outras palavras, “mediation is a creative approach to dispute resolution which is not governed by strict rules of procedure. This allows the parties to design a process which suits their needs and encourages a consensual, rather than an adversarial approach”.²¹⁶

Em um litígio, cuja resolução do conflito é posta a um terceiro, são trabalhadas apenas as posições trazidas ao conhecimento daquele que determinará o que deve ou não ser feito – lógica adversarial, e eventual decisão poderá ser boa apenas a uma das partes, às duas partes ou a nenhuma delas,

²¹⁴ “A comunicação é entendida como ‘a transmissão de mensagem’ e é exatamente o ponto nodal das discórdias, principalmente porque nem sempre o que é transmitido tem o sentido literal das palavras, por isso é necessário que o mediador sinalize para uma nova compreensão da comunicação” (CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família* cit., p. 68).

²¹⁵ “[...] el mediador deberá tener muy en cuenta los valores y creencias de cada una de ellas, a los fines de compatibilizar y componer el problema según las particulares perspectivas de los integrantes sobre la cuestión planteada. Será primordial que maneje a cada uno de los axiomas de la comunicación. Tendrá entre sus objetivos restablecer la comunicación entre los involucrados, pues no es posible dejar de comunicarse, interpretará la naturaleza de las relaciones, considerará la comunicación digital y analógica” (FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica* cit., p. 67).

²¹⁶ Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/04.html>. Acesso em: 9 out. 2019.

na medida em que há uma mitigação do fator propulsor do conflito. Nessa perspectiva é possível dizer que:

A mediação não desafoga o Poder Judiciário, mas pode colaborar para não afogá-lo, o que é diametralmente diferente. Mediação depende do aprendizado de um comportamento ético capaz de dar suporte para que aqueles que buscam o Judiciário por falta de alternativa passem a encontrar nessa via um acesso à justiça equivalente, porém, no qual se fala outra linguagem.²¹⁷

Pensar na mediação como válvula de escape para a diminuição dos litígios judiciais não é o entendimento daqueles que realmente compreendem os objetivos reais da mediação. Se a mediação não é bem desenvolvida, se as partes não são ouvidas, se o acordo é sugerido ou imposto pelo mediador, uma ação de conhecimento pode, futuramente, voltar ao Poder Judiciário como ação de execução de acordo não cumprido.

Assim, deve-se priorizar a realização da boa mediação, com a aplicação consciente de seus instrumentos, garantindo seu pleno desenvolvimento, sob pena de se agravar ainda mais a situação e, pior, fazer com que a demanda seja judicializada.

Tendo em vista que há melhora na comunicação entre as partes, na mediação é possível que as partes criem alternativas para solução de seus conflitos,²¹⁸ podendo, dessa maneira, fugir das regras “engessadas” previstas legalmente e até mesmo daquelas já consagradas na jurisprudência, havendo uma adequação à realidade e às expectativas das partes, de acordo com aqueles fatos mencionados no processo comunicacional estabelecido. Nesse sentido:

²¹⁷ BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar* cit., p. 105.

²¹⁸ A criação de alternativas pode se dar da maneira mais diversa possível, assim, “You can brainstorm ideas for solutions to a particular issue. You can brainstorm the criteria or characteristics of a good solution. Rules for brainstorming: 1. No comments, negative or positive, verbal or non-verbal anyone’s suggestion. It’s okay to build on someone’s idea, or to bounce off it. 2. Don’t worry about whether the idea is good or if it will work. 3. Come up with as many ideas as you can” (BEER, Jeniffer E.; PACKARD, Caroline C. *The Mediator’s Handbook* cit., p. 121). Tradução livre: Você pode criar alternativas para resolver um problema específico. Você pode criar alternativas para eleição de critérios e/ou características para uma boa solução. Regras para se proceder com a “chuva de ideias”: 1. Não devem ser feitos comentários, positivos ou negativos, verbais ou não verbais a respeito das alternativas trazidas por uma das partes. 2. Não há que se preocupar com a qualidade ou exequibilidade da ideia trazida. 3. Há que deixar as partes criar o máximo de alternativas possíveis.

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem a necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e outra “vencida” – oferece a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado.²¹⁹

Referida característica advém da restauração da identidade e da autonomia das partes, ou seja, não mais se estará decidindo pelo justo – no conceito geral e abstrato – nem sequer pelo jurídico – no sentido das normas positivadas, seja no direito positivo, quanto pelo Poder Judiciário –, mas sim pelas necessidades individualizadas e postas diante do caso concreto dentro da lógica da parceria e que se coadunam efetivamente com as necessidades e possibilidades dos envolvidos.

Somadas essas vantagens que possibilitam a reconstrução da confiança entre as partes e, conseqüentemente, permitem que o problema emocional, social ou qualquer outro, causador do litígio, seja resolvido no íntimo delas, evidenciam que não se buscará apenas a resolução das conseqüências, mas sim da própria causa.

Assim, é possível afirmar que “a mediação é um processo vivencial que ajuda a ressignificar o conflito, tornando-o produtivo e possibilitando que as partes desenvolvam autonomia”.²²⁰ A criação de ambiente pautado na confiança, no qual se verifica melhora significativa na comunicação entre as partes e também se possibilita a elaboração de alternativas para a efetiva solução do conflito, sugere maior compreensão, por cada uma das partes, do litígio sob a visão alheia, o que, indiretamente, contribui para o bem-estar de uma continuidade da relação no futuro.

²¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Grece Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 83-84.

²²⁰ GOLDBERG, Flavio. *Mediação em direito de família: aspectos jurídicos e psicológicos* cit., p. 79.

Nesse sentido, caso as partes se ajustem, o acordo não será apenas justo, mas também efetivo, o que permitirá seu adimplemento tanto para o presente quanto para o futuro, visto que construído diretamente pelas partes, diferenciando-se dos métodos heterocompositivos.

A eficácia deve ser considerada tanto sob a perspectiva da satisfação pessoal das partes no que tange à resolução do conflito, mas também sob a possibilidade de evitar que o conflito se estenda para o futuro, ou ainda que ressurja pelas mesmas causas.²²¹ Ademais, a eficácia também pode se relacionar com a execução pelas partes daquilo que restou acordado ao final da mediação.

A possibilidade do restabelecimento da comunicação, visando à geração de um acordo entre as partes, pode evitar que o litígio seja judicializado, poupando trâmites burocráticos, entre eles: recursos, prazos processuais e procedimentais, daí a percepção de que na mediação o tempo para construção da resolução tende a ser menor.

Nessa linha, não há como deixar de mencionar que, de acordo com o Relatório do CNJ, quando um litígio é submetido à justiça estadual, o tempo para ser proferida sentença declaratória em processo de conhecimento é, em média, de dois anos e seis meses, aumentando para seis anos e quatro meses quando se trata de processo de execução. Ainda, se o processo for remetido ao segundo grau, para que seja prolatado acórdão, o tempo médio é de oito meses.²²²

Tomando por base o tempo que se leva para se chegar ao fim de uma demanda judicial, pode-se dizer que não basta a solução do conflito, sendo relevante o tempo que se leva para que a referida solução seja alcançada, sendo esse o mesmo entendimento de Fernanda Tartuce:

A tentativa de promover a conversação costuma ser célere: sendo bem gerida e contando com o engajamento dos participantes, ela se desenvolve em alguns encontros. Se bem conduzida a comunicação, logo se perceberá se há espaço real para encontrar interesses mútuos a serem contemplados

²²¹ “Deve ser intensificada a ideia de que os erros do passado não mais fazem parte do presente e que a nova visão obtida do conflito deverá se encaminhar para uma vida futura, bastante diferenciada, para que o sucesso seja uma constante” (CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família* cit., p. 76).

²²² CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017* cit., p. 35.

pelos envolvidos ou se não há chance de construírem uma saída conjunta.²²³

Por último, deve-se destacar que a mediação pode ter como vantagem um impacto financeiro menor do que os métodos heterocompositivos, uma vez que não há necessidade da participação de advogado²²⁴ – não obstante seja sempre aconselhável sua presença²²⁵ –, de taxas judiciais, bem como pela própria celeridade no resultado, o que permite que os índices de juros e correção monetária não incidam sobre um lapso temporal extenso, reduzindo-os, portanto.

Assim, a conclusão a que se chega é que as vantagens da solução medida se relacionam com questões processuais, mas, principalmente, com a exaltação dos aspectos humanos das partes envolvidas. Nessa toada, tem-se que, além dos princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal,

²²³ TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática* cit., p. 35.

²²⁴ “Apelação cível. Direito de família. Pensão alimentícia. Filho menor. Acordo extrajudicial celebrado no centro judiciário de solução de conflitos e cidadania (Cejusc). Mediação pré-processual. *Assistência de advogado desnecessária. Ausência de prejuízo. Nulidade afastada.* Recurso interposto pelo Ministério Público. Sentença mantida. I – De acordo com o enunciado n.º 25 do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (Fonamec) e com os artigos 8.º, § 8.º, e 9.º da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, os acordos obtidos na fase pré-processual serão homologados pelo Juiz Coordenador do Cejusc. II – Os Cejuscs tratam de reclamações pré-processuais e de processos judiciais, cabendo a mediação e a conciliação, visando a solução de conflitos de forma simplificada e célere, sendo as sessões realizadas por mediadores, os quais devem utilizar de técnicas adequadas, sem, contudo, afastar dos princípios norteadores dos métodos mediativos, dispostos no Código de Ética da Resolução n.º 125/2010. III – Tratando-se o caso em análise de mediação extrajudicial, aplicável o artigo 10 da Lei n.º 13.140/2015, que estabelece a intervenção do advogado como uma faculdade, e não como uma obrigação das partes, sendo referido dispositivo confirmado pelos enunciados n.ºs 21 e 24 do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (Fonamec), que reputam desnecessária a participação de causídico em casos de família onde haja menor ou incapaz, em virtude do caráter consensual do procedimento. IV – Os acordos obtidos na fase pré-processual serão homologados pelo Juiz Coordenador do Cejusc. V – Restando resguardado pelo acordo celebrado entre as partes, o interesse do menor, que receberá o auxílio de ambos os genitores, não há falar em prejuízo das partes envolvidas ou em nulidade de atos processuais. Apesar da ausência do Ministério Público na mediação extrajudicial referente a fixação de alimentos de menor, a sua intervenção antes da homologação do acordo sanou qualquer irregularidade. Apelação cível conhecida e desprovida” (TJGO, 1.ª Câmara Cível, Apelação Cível 8090072, Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa, j. 02.05.2019, DJe 02.05.2019 – grifos da autora).

²²⁵ “O advogado é essencial na administração da justiça. Na mediação de conflitos a sua atuação também se faz necessária para que se possam assegurar os direitos das partes envolvidas, bem como a garantia de que todos os protocolos e princípios foram respeitados no procedimento” (SUTER, José Ricardo. *Mediação no direito de família: gestão democrática de conflitos* cit., p. 94).

no procedimento mediativo a realidade social de cada um dos envolvidos é observada e amplamente respeitada, o que resulta em sua eficácia.

4. LIMITES DA SOLUÇÃO MEDIADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Demonstrada a adequação prática dos conflitos das famílias à mediação, é de extrema relevância o estudo das obrigações estabelecidas pelas partes a partir da transação havida entre elas, no caso de chegarem a termo com relação ao objeto controvertido.

Para se discutir essa temática, é fundamental a fixação de algumas premissas, entre elas: (i) as questões de família são mediáveis; (ii) não são todos os conflitos de família que serão resolvidos por meio da mediação, permanecendo o Judiciário como meio heterocompositivo válido; (iii) as partes mediadas não devem apenas concordar com a mediação como procedimento, mas devem agir durante todo o seu transcurso com boa-fé,²²⁶ sob pena de não se chegar aos objetivos pretendidos, bem como de restar inexecutível o acordo firmado, caso este tenha sido alcançado; e (iv) em que pese o tema famílias englobar as sucessões, estas não estarão contempladas neste estudo (lembrando que inventário e partilha já são matérias passíveis de discussão via mediação).

Quando o assunto é mediação familiar, deve-se ter em mente que são várias as questões que compreendem as famílias e que qualquer uma, algumas, ou todas podem resultar no conflito em que as partes estão envolvidas.

Pois bem, o primeiro passo para analisar os limites da solução mediada no direito das famílias é fazer um corte metodológico entre assuntos que envolvem apenas o casal conjugal, ou seja, das relações de cônjuges ou companheiros, e assuntos que dizem respeito mais às obrigações do casal parental – cônjuge ou companheiros enquanto pais.

Essa divisão entre casal conjugal e casal parental é de grande importância para o desenvolvimento da técnica da mediação familiar não apenas no que se trata sobre limites, mas também sobre a conscientização

²²⁶ “Em relação aos limites, vale o alerta de que é preciso ter cuidado em defender a autocomposição; tal fomento não deve ser aplicado a qualquer tempo e a todo custo sem critérios. Algumas vezes há má-fé e faz-se necessária a intervenção estatal para repelir a torpeza” (TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática* cit., p. 34).

das partes feita pelo mediador a respeito das diferenças que encontrarão no decorrer das sessões, quando cada assunto pertinente a essa divisão for trabalhado.

Casal conjugal é aquele que envolve somente os cônjuges ou companheiros, que no decorrer de sua vida conjunta optaram por não ter filhos, ou seja, os indivíduos sociais em um dado momento de suas vidas se encontram e decidem ficar juntos pelas convergências de seus interesses subjetivos, que passam a ser comuns na medida em que optam por viverem juntos. Portanto, seus assuntos se relacionam apenas com a vida a dois.

Por seu turno, o casal parental é aquele que, além dos vínculos de cônjuge ou companheiros, as mesmas partes desempenham o papel de pais, devendo este último ser compreendido a partir da multiplicidade conceitual advinda da evolução das famílias.

O casal conjugal pode estar conflitado em assuntos que envolvam: a) dissolução de união estável; b) divórcio; c) partilha de bens; d) pensão para ex-cônjuge ou companheiro; e) alteração do nome dos ex-cônjuges ou companheiros.

Por sua vez, o casal parental, além de todos os pontos já listados a respeito do casal conjugal, pode trazer à mediação questões como: a) guarda de filhos menores; b) visitas de filhos menores; c) alimentos (gravídicos, revisão e exoneração).

Dentro desses tópicos várias podem ser as composições entre as partes, considerando a realidade de cada uma delas, sendo exatamente essas composições o objeto do estudo dos limites, o que podem ou não as partes acordar em uma mediação familiar.

Por fim, mas não menos relevante, antes de estudar a materialidade e suas conseqüentes limitações, das composições, importa mencionar, ainda, que, a depender do âmbito em que a mediação se desenvolva, a tendência é que o espectro de possibilidades decorrentes das sessões aumente ou diminua.

Explica-se. Quando a mediação é judicial, seja ela pré-processual ou processual, os limites são bem mais restritos do que quando comparados aos limites de uma mediação, ocorrida no âmbito privado, em que as partes optam por não submeter seu acordo à homologação judicial.

4.1 Famílias sem filhos – casal conjugal

Nas famílias em que dois indivíduos sociais se comprometerem um para com o outro, de modo a permanecerem juntos e agirem de maneira a garantir a perpetuação do relacionamento por eles em construção sem, contudo, ter aumentado o número de seus membros, estar-se-á diante do modelo de casal conjugal.

Nessa perspectiva, pode-se observar que, exceto pela questão do término do relacionamento, seja do casamento ou da união estável, todas as outras questões que envolvem esse casal têm caráter pecuniário.

Desse modo, o casal terá a possibilidade de transigir quanto a todos os aspectos do encerramento dessa estrutura familiar, na medida em que, com o término do relacionamento pela ausência do afeto, seus problemas orbitarão em torno de questões patrimoniais (pensão para ex-cônjuge ou companheiro e partilha de bens), sendo estas, geralmente, disponíveis.

Atualmente, não mais se discute culpa no término do relacionamento, a relevância jurídica sobre tal questão perdeu o valor dentro do ordenamento jurídico, posto que na ausência de afeto as duas partes ou apenas uma, por qualquer motivo, pode requerer a dissolução da união estável ou o divórcio.

Pois bem, superado o tema da ausência de afeto que culmina na descontinuidade da convivência, a questão dos limites surge a respeito do que as partes podem ou não oferecer nas transações de seus outros direitos decorrentes do relacionamento que mantiveram.

Por se entender que se trata de direitos patrimoniais disponíveis, em que pesem todas as garantias legais relacionadas aos direitos do ex-cônjuges ou companheiros, tem-se que devem ser considerados como limites aqueles tendentes ou que de fato ferirem o princípio da dignidade da pessoa humana. Por exemplo, um dos cônjuges ou companheiros, por qualquer razão pessoal (a exemplo de medo do que o outro possa lhe fazer), abstém-se de qualquer patrimônio, passando a não ter condições de sobreviver com o mínimo necessário a garantir sua existência digna; esse não seria um acordo passível de aceitação, tampouco de homologação.

Nesse sentido, observa-se que o preâmbulo da Constituição Federal prevê que o Brasil se trata de um Estado Democrático de Direito, tendo como

função assegurar direitos sociais e individuais, e no artigo 1.º, III,²²⁷ prevê, ainda, que um dos fundamentos do Estado é a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, uma vez que se trata de um princípio enunciado não descritivo, pode ser considerada como um valor intrínseco a cada indivíduo, segundo o qual devem ser garantidas condições mínimas para que se possam exercer seus direitos fundamentais, assegurando o respeito e a valorização mínima de cada indivíduo.²²⁸ Por meio da dignidade da pessoa humana, deve ser resguardada a independência do ser humano dentro da coletividade e para consigo mesmo, não sendo admitida a existência ou manutenção do indivíduo em condições sub-humanas, de miséria, de fome, de falta de existência de condições de manter uma condição de saúde.

Dentro dessa lógica, definir o princípio da dignidade humana não é tarefa simples, tampouco objeto do presente estudo, e a discussão sobre esse assunto não é nova e não encontra uma única resposta dentro de todas as produções acadêmicas desenvolvidas a seu respeito. Assim, considerando-se apenas o fato de esse princípio se relacionar com condições mínimas existenciais do indivíduo como unidade a partir da segurança com relação a seus direitos individuais, sociais e políticos, ele se presta ao papel de limitador, ao passo que impede que as transações ultrapassem o mínimo existencial de cada uma das partes envolvidas e ao mesmo tempo de garantidor da liberdade e autonomia que denotam as partes ao longo da mediação familiar.

Logo, quando há a dissolução do casal conjugal, todas as questões supervenientes advindas desse rompimento são transigíveis, desde que respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, que, no caso, seria a garantia de condições mínimas para o atingimento dos plenos direitos de cada um dos cônjuges ou companheiros, dentro daquela realidade, ou seja, devem-

²²⁷ “Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, Constituição Federal, cit.).

²²⁸ Necessária se faz a reflexão do relacionamento sob o prisma do afeto, pois, uma vez que as partes estiveram unidas pouco importando o lapso temporal em que juntas permaneceram, claramente existiu uma reciprocidade entre elas, não sendo crível e possível que, no momento que decidem por não mais seguir juntas, todos os valores que fundam a civilidade do ser humano sejam deixados de lado. Nessa lógica, pode-se dizer que “a dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem”, não podendo esse ser esquecido quando as partes optam pela sua separação (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 514).

se observar as condições precedentes do casal para que a interpretação e aplicação do princípio restem adequadas à situação presente, ponderando-se a realidade de quando ainda casados.

Neste ponto, é importante destacar que os resultados da mediação havida entre o casal conjugal não se restringem a limites econômicos, patrimoniais, culturais ou quaisquer outros preestabelecidos doutrinária ou judicialmente; o que se pretende é verdadeiramente demonstrar que o universo existente entre o casal pode e deve ser explorado pelas partes no momento da geração de opções e ponderação de alternativas, sendo aplicado ao resultado final o princípio da dignidade da pessoa humana como moderador do resultado final obtido.

Perceber as sutilezas que envolvem cada casal conjugal é o que permite a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como balizador do resultado proposto. A realidade dos casais que existem dentro da sociedade não é a mesma, tanto em matéria afetiva quanto em questões financeiras e econômicas, e por assim ser é que se torna inviável pensar em um limite descritivo a ser aplicado à mediação.

Estabelecer limites fechados à mediação familiar entre o casal conjugal retirar-lhe-ia sua essência, qual seja a possibilidade de criação do novo a partir da observação dos interesses e necessidades das partes envolvidas. Em decorrência de tal observação afirma-se que a balança é produto do desenvolvimento do pensamento das partes a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana aplicado ao acordo a que chegaram.

Portanto, o que se vê é que no caso de casal conjugal há maior liberdade de transacionar, sendo possível, desde que respeitados os limites mínimos de cada situação, que as partes se componham da forma que melhor lhes convir.

4.2 Famílias com filhos – casal parental

No momento em que o casal opta por aumentar a família e ter filhos, tem início aquilo que se convencionou chamar de casal parental. A parentalidade diz respeito às obrigações a que o casal estará obrigado diariamente no tocante a seus filhos, garantindo-lhes proteção, educação e

integração ao seio familiar independentemente da continuidade ou não do casal conjugal.²²⁹

É válido ressaltar que o conceito de parentalidade deve ser aplicado igualmente a todas as construções familiares, isto é, pouco importa a consanguinidade entre os membros da família constituída, basta que o afeto tenha lhes unido para que se verifiquem as citadas obrigações.

No caso de término do relacionamento dos ex-cônjuges ou companheiros, a análise deve ser feita sob duas óticas: a primeira delas relativamente aos direitos dos cônjuges ou companheiros, um em relação ao outro, situação que se assemelhará à do casal conjugal, razão pela qual remete-se ao exposto naquela ocasião; a segunda compreende os direitos e obrigações que cada um dos cônjuges ou companheiros tenham com relação aos filhos menores, ocasião em que se passará a tecer maiores considerações a seguir.

Havendo filhos menores, a solução familiar mediada encontrará como limite, ou visto de outra forma, seu norte, o princípio do melhor interesse do menor,²³⁰ pois o conflito posterior ao término do relacionamento dos pais decorrente de questões mal resolvidas, ou melhor, não resolvidas entre o casal, é, comprovadamente, mais prejudicial à saúde do menor do que as consequências práticas desse término. Exatamente por essa constatação é que se diz que a mediação familiar é o caminho para resolução dos conflitos no âmbito das famílias com filhos, pois a construção de um cenário a partir das considerações e percepções das próprias partes, respeitando suas realidades, necessidades e interesses tende a diminuir as chances dos conflitos decorrentes dos ajustes feitos por elas próprias.²³¹

²²⁹ “Mesmo com o fim do relacionamento amoroso, você e seu/sua ex continuarão conectados por meio de seus filhos e, portanto, apesar de suas diferenças, deverão se esforçar muito para continuar sendo parceiros parentais e lidar com os conflitos de forma saudável, porque é essa parceria parental que vai ajudar seus filhos a superarem esta fase difícil que também enfrentam e a se desenvolverem regularmente” (CNJ. *Cartilha do Divórcio para os Pais* cit., p. 9).

²³⁰ A referida limitação se relaciona com o fato de: “Embora bem-intencionados, mães e pais acabam prejudicando os filhos ao envolvê-los nos conflitos, até mesmo por falta de informação, já que estão acostumados com uma sociedade em que o litígio faz parte da vida cotidiana e nunca foram alertados sobre os efeitos nocivos de tais abordagens destrutivas dos conflitos aos filhos ou sobre o que eles podem fazer para minimizá-los” (CNJ. *Cartilha do Divórcio para os Pais* cit., p. 7).

²³¹ CNJ. *Cartilha do Divórcio para os Pais* cit., p. 16.

A partir do momento que as transações do casal têm possibilidade de impactar a vida de um menor, principalmente na mediação familiar, o raciocínio desenvolvido é aquele de que se devem proteger os interesses do menor que não participa ativamente das transações, mas que por elas será integralmente afetado em seu desenvolvimento pessoal.

Nesse ponto, é de considerar o viés da mediação familiar que trabalha com a visão futura dos impactos das decisões tomadas pelos pais com relação ao desenvolvimento de seus filhos. Não são as matérias, tampouco as vontades dos pais, que sofrem limitações. Neste ponto, o que se pretende garantir com a determinação de uma limitação prática daquilo que pode ou não ser produto da mediação familiar é a preservação de todas as condições suficientes para a manutenção da saúde mental e física do menor, ou seja, dentro do melhor cenário que cada um dos pais puder construir para si individualmente a partir da separação, ao menor deve ser garantidos os mínimos impactos possíveis.

A preocupação com o menor advém desde os tempos da Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU, datada de 1959, que passou a tratar a criança como um indivíduo que pertence à família, mas reconhecendo sua individualidade e personalidade como anteriormente não se fazia. Portanto, dentro dessa perspectiva, o menor deixa de ser exclusivamente uma extensão de seus pais para ganhar um reconhecimento independente. Esse documento, por certo, inspirou a Constituição brasileira, tanto no que diz respeito à dignidade da pessoa humana quanto no que tange à tutela da dignidade da criança, expressamente prevista no artigo 227 da CF.²³²

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) contempla diversos enunciados também quanto à dignidade da criança: (i) o artigo 3.º assegura às crianças todos os direitos fundamentais também atribuídos aos

²³² “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, Constituição Federal cit.).

adultos;²³³ (ii) o artigo 15 trata as crianças como s^ujeitos de direitos;²³⁴ (iii) o artigo 100, parágrafo único, I,²³⁵ prescreve que, dentre os princípios que devem reger as medidas de proteção, o fato de as crianças serem sujeitos de direitos deve estar contemplado.

Com a promulgação do Decreto 99.710/1990, decorrente da ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, tal princípio passou a ser expresso no conjunto normativo pátrio, na medida em que *no artigo 3.1 do texto em inglês* há a seguinte expressão: *the best interest of the child*, sendo traduzida oficialmente como “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior *da criança*”. Trata-se, portanto, de norma internalizada, com status de Lei Federal, e sua observação e aplicação passaram a ser obrigatórias a todos.

Posteriormente, em 2009, houve alteração no ECA, sendo acrescentado entre os princípios contemplados no parágrafo único do artigo 100 dessa legislação o “interesse superior da criança e do adolescente”. Corroborando tal condição, cabe especial destaque às produções do Comitê para os Direitos da Criança da ONU, nas quais os interesses superiores das crianças como regra a ser seguida por todos os cidadãos são inseridos.

²³³ “Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem” (BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 jun. 2019).

²³⁴ “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, cit.).

²³⁵ “Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. [...] I – condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal [...]” (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, cit.).

Ocorre que, em termos práticos, a tutela dos interesses do menor depende de uma análise individual e concreta da situação em que são encontrados, pois, apesar da idealização da igualdade, nem todos os filhos menores de pais separados vivem a mesma realidade. Tal fato demonstra o alto grau de abstração desse princípio, cabendo dizer que ele não traz consigo uma regra de como o litígio deve ser resolvido, mas sim um ideal a ser atingido.

Não obstante existirem no Poder Judiciário diversas decisões com aplicação do referido princípio, dadas as condições específicas de cada família, é certo que o melhor interesse da criança pode variar e ser mais bem analisado pela própria família que tem a percepção apurada da realidade em que está inserido o menor do que por um terceiro, no caso, o magistrado. O casal, na função de pais, conhece verdadeiramente a situação em que vive seu filho; diferente do magistrado, que, não obstante seja dotado de conhecimento técnico sobre a matéria levada à sua análise, não conhece as peculiaridades do caso concreto.

Na função de pais, as partes conhecem suas possibilidades e têm a plena consciência sobre o máximo e o mínimo daquilo que podem fazer por seus filhos. Por assim ser, a construção consensual a respeito das questões atinentes ao menor decorrentes da separação do casal tende a ser mais fiel à realidade em que ele está inserido, o que lhe garante menores impactos com separação de seus pais.

Vale ainda ponderar que a preservação do princípio do melhor interesse do menor pelo magistrado em sua decisão é absolutamente diferente daquela feita por seus pais em um acordo, fruto de uma sessão de mediação familiar, isso porque a determinação proferida pelo terceiro é construída sobre a idealização do princípio realizado integralmente, o que muitas vezes na prática não acontece. Determinadas peculiaridades que deixam de ser levadas ao conhecimento do magistrado a respeito da vida do menor em família são capazes de fazer com que a decisão não seja cumprida e, dentro de um ciclo quase que sem fim, geram um novo conflito entre os pais que retornam ao Poder Judiciário para obter uma nova decisão.

Deve-se frisar que, como mencionado anteriormente, não se trata de renunciar a direitos indisponíveis, e sim de flexibilizar a forma que eles serão verificados, de modo a adequá-los à realidade das partes, permitindo,

consequentemente, uma melhor decisão para o menor envolvido, garantindo-lhe a dignidade consagrada pelo texto constitucional a partir daquilo que restar decidido por seus pais.

4.3 Mediação familiar simulada

Nesse ponto, tendo sido explorado o campo dogmático a respeito da temática, é relevante apresentar de maneira pragmática aquilo que por teoria foi demonstrado.

Assim, serão expostas algumas situações, vivenciadas no Cejusc do Butantã, Cejusc de Santo Amaro, 5.^a Vara de Família e Sucessões do Foro Central da Capital de São Paulo e mediações privadas²³⁶ que, apesar de não apresentarem respostas, são colocadas para a reflexão do leitor a respeito daquilo que se entende por limites da solução mediada no direito das famílias.

Situação A: A genitora de uma criança menor, assistida pela Defensoria Pública do Estado, ingressa no Poder Judiciário com ação de alimentos, requerendo do genitor o pagamento de alimentos no valor de R\$ 400,00 mensais. Na petição inicial, narra-se que o casal viveu junto por treze anos consecutivos e atualmente se encontra há quatro meses separado de fato, sendo essa criança a única filha por parte de ambos. Em audiência preliminar do artigo 334 do CPC, restou determinada sessão de mediação pela qual as partes deveriam participar.

No decorrer da sessão de mediação, ambas as partes conseguem abandonar suas posições iniciais e demonstrar seus reais interesses e necessidades, ao passo que a genitora expõe que, por trabalhar como faxineira terceirizada em uma grande empresa, precisa que o genitor ajude efetivamente com as despesas relacionadas com o sustento da filha por não ter condições de arcar com tudo sozinha.

Ocorre que na exposição do genitor foi relatado que, por sequelas de acidente de trabalho, ele não poderia voltar a trabalhar e que, atualmente,

²³⁶ Observados a confidencialidade e o sigilo determinados pela Lei de Mediação, foram omitidos quaisquer dados capazes de possibilitar a identificação das partes envolvidas no conflito. Por assim ser, toda e qualquer semelhança é pura coincidência. No mais, a referida vivência se deu ao longo do ano de 2019 em que a autora, em sua atuação como mediadora judicial, obteve experiências para o presente trabalho.

para sobreviver, além do auxílio-doença recebido, no valor aproximado de R\$ 750,00, ele vendia “gelinho” na estação de metrô, o que lhe rende no máximo R\$ 250,00 por mês, situação que foi ratificada pela genitora que afirmou ser essa a realidade quando da separação do casal.

Várias foram as alternativas criadas pelas partes, entre elas, a do genitor, além de contribuir com R\$ 100,00 mensais, buscar e levar a sua filha no colégio de bicicleta, uma vez que sua ocupação laboral é mais flexível do que a da genitora dentro de uma empresa trabalhando como terceirizada, o que impactaria a redução dos custos com o transporte da criança.

Sendo essas condições aceitas pela genitora, haveria algum óbice à homologação desse acordo? Poderia o Ministério Público se opor à fixação desse valor a ser pago pelo genitor a título de pensão alimentícia, uma vez que estaria abaixo do percentual de 15% do salário mínimo federal vigente ao ano da determinação do acordo? Ou, ainda, a disposição do genitor em buscar e levar sua filha na escola todos os dias bastaria como obrigação capaz de exonerá-lo da complementação do valor pecuniário dos alimentos, visto que os laços de afetividade estariam sendo cultivados?

Situação B: O genitor de duas crianças menores ingressa no Poder Judiciário, assistido por advogado particular, com ação de revisão de alimentos, requerendo que o valor dos alimentos fosse reduzido em um percentual de 70% daquilo mensalmente pago, o que resultaria em um valor de alimentos de, aproximadamente, R\$ 200,00, sob a alegação de constituição de nova família e desemprego. Em audiência preliminar do artigo 334 do CPC, restou determinada sessão de mediação pela qual as partes deveriam participar.

Inicialmente, as partes se mostram bastante resistentes em suas posições, mas a genitora, por ter condições financeiras suficientes para manter todas as necessidades básicas de seus dois filhos, aceita a proposta do genitor em pagar o montante de R\$ 200,00 a título de alimentos *para duas* crianças sem exigir nenhuma outra complementação in natura.

A mesma pergunta feita no caso anterior é repetida nessa situação: o Ministério Público concordaria com o valor acordado entre as partes sem nenhuma comprovação documental a respeito do desemprego e da constituição e gastos com a nova família, baseado apenas na boa-fé em que agiram as partes durante a sessão de mediação? O magistrado, tendo conhecimento de

que o desemprego é uma situação transitória ou forçada pelo genitor, visto que ele auferia maior renda como autônomo, bem como a genitora realmente tem condições financeiras de arcar com todas as despesas dos filhos sozinha, deveria homologar o acordo a que chegaram as partes?

Situação C: Antes de ingressar com ação judicial, um casal procura o Cejusc com a intenção de se divorciar, partilhar bens e resolver questões atinentes a um único filho menor (guarda, visita e alimentos), desacompanhados de advogado. No decorrer da sessão, é relatado o fato de um dos genitores, dentro de um mês, ter agendada sua mudança de Estado, sendo totalmente indiferente para ele tudo quanto restasse decidido a respeito de seus filhos, visto que, dentro de seu entendimento, não se obrigaria com relação a eles.

No que concerne ao divórcio dos cônjuges, não existe nenhum ponto controvertido entre eles, bem como a partilha de bens não há que ser discutida, uma vez que viviam de aluguel, os bens que guarneciam a residência já haviam sido partilhados e não havia nenhum outro bem móvel ou imóvel adquirido pelas partes na constância do casamento.

O problema surge quando o genitor relata que viajará dentro de semanas e que não pretende conviver com seus filhos, bem como não faz questão de manter a guarda compartilhada, obrigando-se apenas em relação ao depósito da pensão alimentícia mensal no valor de R\$ 450,00.

A genitora relata que tinha conhecimento da mudança do genitor e, na perspectiva dela, a fixação da verba alimentar no patamar oferecido pelo genitor seria o suficiente e a satisfaria, bem como com a fixação da guarda unilateral a seu favor, omitindo qualquer questão relacionada às visitas do genitor ao filho menor.

Pergunta-se: a partir da redação de um termo em que se definam alimentos e guarda, poderia o regime de visitas ficar pendente de decisão pelas partes? Ou, caso as partes em conjunto decidissem por fazer constar no termo “visitas livres”, haveria razões para o Ministério Público ou para o magistrado se oporem ao que restou acordado pelas partes?

Situação D: Ex-companheira, habilitada nos autos de ação de inventário, assistida por advogado privado, segue *pe/as vias ordinárias* para que reste reconhecida união estável post mortem e, conseqüentemente, direito de participação na partilha dos bens nos autos da ação de inventário

e partilha. É determinada pelo juízo a ocorrência de *audiência de mediação* para a qual as únicas herdeiras legítimas do de cujus são convidadas, bem como a viúva e a suposta ex-companheira para discutirem os reais interesses nessas ações.

A sessão de mediação tem início e, até que o mediador consiga neutralizar e aquietar os ânimos, as partes não conseguem sair de suas posições. Ao longo da sessão, é feita uma oferta pela viúva do de cujus à suposta ex-companheira: transferir-se-ia o valor de R\$ 50.000,00 para a ex-companheira, desde que ela desistisse da ação de reconhecimento de união estável e pedisse sua exclusão da ação de inventário e partilha.

Supondo que a ex-companheira aceite a oferta e ambas solicitem ao mediador que deve constar do termo que esse valor será transferido a título de doação e que a transferência só ocorrerá após a juntada e homologação da desistência das ações judiciais, cabe ao magistrado se opor ao acordo a que chegaram as partes?

Ainda, considerando todas as mágoas que a viúva sente com relação à ex-companheira, e vice-versa, uma vez que ambas relatam que não sabiam uma da existência da outra, caberia ao magistrado alongar ainda mais essa situação já tão dolorida para ambas, ou deveria se preocupar com a arrecadação e apuração dos bens para proceder à partilha nos termos da lei?

Situação E: O genitor de um menor ingressa no Cejusc com uma demanda pré-processual, assistido por advogado privado, com pedido de modificação de guarda. No momento da separação do casal, ambos assinaram um acordo no qual não só resolveram questões do casal conjugal, como do casal parental, e, no tocante à guarda, ficou estabelecida a guarda compartilhada entre eles. O pedido de guarda unilateral feito pelo genitor em face da genitora tinha como fundamento a falta de comunicação entre eles que resultava em um desequilíbrio entre o tempo que cada um deles tinha com o filho menor.

Os pais dessa criança chegam à sessão de mediação e relatam que viveram juntos por vinte anos e que estavam separados há um ano, tendo o genitor já constituído nova família. Expõem, ainda, que atualmente residem a uma distância de três pontos de ônibus e que dividem totalmente as responsabilidades no dia a dia da criança, ficando a cargo do genitor levar

o menor em suas atividades extracurriculares e da genitora de estar presente nos outros períodos em que a criança não estiver acompanhada de seu genitor.

Deixando suas posições iniciais de lado, o requerente relata que apenas gostaria que seu filho pudesse dormir em sua residência alguns dias da semana, visto que para a criança isso não representaria nenhum impacto na escola ou em suas outras atividades, pois era o genitor o responsável por levar e buscar seu filho nessas situações.

Supondo que as partes, durante a sessão de mediação, estabeleçam um calendário em que reste acordado que todas as segundas, quartas e sextas-feiras a criança dormirá na casa do genitor, e que a cada quinze dias passará o final de semana até segunda-feira quando, o genitor a deixará na escola. Na prática, verifica-se do acordo a que chegaram às partes a guarda alternada, não prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas que atende plenamente aos interesses tanto dos ex-cônjuges quanto do menor.

Portanto, pode e/ou deve o Ministério Público não concordar com o acordo, visto que desconhece a realidade dos fatos em que vivem as partes, simplesmente pelo fato de a guarda alternada não estar prevista no sistema jurídico? O magistrado que homologa esse acordo pode vir a ser penalizado por dar validade ao que foi acordado pelas partes de maneira consciente e considerando o melhor interesse do menor?

Situação F: Ex-companheira, assistida pela Defensoria Pública do Estado, ingressa no Poder Judiciário com ação de enriquecimento sem causa em face do ex-companheiro. Na petição inicial, narra que ambos ainda vivem na mesma casa (construída em local invadido) desde o término do relacionamento e que a requerente pretende partilhar todas as contas de água, luz, gás, entre outras, pagas somente por ela nesse período em que diziam não ter mais uma relação afetiva. Em audiência preliminar do artigo 334 do CPC, restou determinada a realização de sessão de mediação na qual as partes deveriam participar.

Durante a sessão de mediação, a requerente deixou sua posição e expôs que seu desejo era fazer com que o requerido não tivesse condições de arcar com todas as despesas que ela teria pago sozinha para que ele deixasse a casa para ela. Ao mesmo tempo, o requerido alegava que era ela

quem não lhe mostrava as contas mensalmente e que ele não tinha como saber qual valor deveria transferir para sua conta bancária.

Considerando que a mediação tenha se desenvolvido de maneira positiva, que o requerido tenha concordado em sair do apartamento, desde que as dívidas fossem perdoadas pela requerente, tendo chegado a termo as partes sobre a saída do requerido da casa e constando do termo que este renunciava à parte que lhe cabia como direito de partilha do imóvel, pode o magistrado não homologar o termo de acordo firmado entre as partes pelo fato de a propriedade não ter documentos de registro? Como poderia ser resolvida a questão da partilha de casais que se dizem coproprietários de bens que não têm registro de imóvel, mas tão somente contrato de compra e venda?

Situação G: O genitor de filho maior de 18 anos ingressa no Poder Judiciário, assistido por advogado privado, com ação de revisão de exoneração de alimentos. Na petição inicial, narra que o requerente constituiu nova família e que, em decorrência da maioridade de seu filho, não tem mais obrigação de pagar alimentos, defendendo ainda que, caso não seja esse o entendimento do juízo, o valor deve ser reduzido a um patamar de 50% do montante atualmente pago, em razão do cenário no qual se insere sua nova família, assim como a situação de crise econômica do País.

Em audiência preliminar do artigo 334 do CPC, restou determinada a realização de sessão de mediação pela qual as partes deveriam participar, tendo comparecido o genitor acompanhado de advogado e o filho maior desacompanhado de advogado.

Considerando que (i) o filho tenha acabado de completar dezenove anos; (ii) cursa ensino superior em instituição de ensino particular; (iii) trabalha para ajudar a genitora com as despesas da casa em que vive; (iv) auferir renda de aproximadamente um salário mínimo; e (v) nunca conviveu com o genitor pelo fato de este ter sido ausente durante toda a sua vida, ele venha a aceitar a proposta do genitor em não mais pagar alimentos, desde que ele se comprometa a não abandonar seu novo filho menor.

Não havendo prova na inicial de todas as alegações feitas pelo genitor e havendo o filho acordado com a exoneração dos alimentos, em que pesem todas as suas dificuldades, caberia ao Ministério Público intervir no feito, ainda que o filho seja maior? Pode o juiz deixar de homologar o acordo

pelo fato de as condições do acordo não serem passíveis de verificação para posterior execução de obrigação?

Situação H: Em mediação privada, genitor e genitora discutem partilha de bens e alimentos a serem pagos para filhos menores. No decorrer de várias sessões de mediação, uma das partes concorda em renunciar à partilha desde que a outra aceite que ela não pagará alimentos de qualquer forma ou valor aos menores, sendo essa proposta aquela que as partes pretendem fazer constar do termo de acordo.

Nesse cenário, devem-se ter em mente dois contextos: um primeiro em que as partes submetam esse acordo à homologação judicial e o outro em que elas assinem esse acordo e guardem consigo.

Caso submetido à homologação judicial e demonstrado que o patrimônio do casal rende frutos suficientes para manutenção dos filhos menores, poderá o juiz homologar o acordo que disponha que um dos genitores não pagará alimentos em detrimento de renunciar a todo o seu patrimônio?

Por outro lado, caso o genitor que aceitou ficar com o patrimônio venha a propor ação de alimentos em face do genitor que renunciou aos bens, pode o genitor apresentar como defesa o acordo firmado e não homologado? Qual a validade desse acordo não homologado que dispõe sobre questões inerentes à realidade das partes no momento da separação? Deve o magistrado seguir um caminho para criar um nível de qualidade daquilo que foi acordado?

Situação I: Em uma mediação extrajudicial ocorrida na esfera do Poder Público, um casal divorciado se dirige ao Cejusc para uma mediação pré-processual em que se pretendia regulamentar a revisão de alimentos. As características essenciais são a de que o genitor possuía registro em carteira, nunca deixou de contribuir com os alimentos de seu filho menor e estava de acordo com o aumento requerido pela genitora.

Ouvidas ambas as partes, pôde-se depreender que, previamente, ambos já haviam se ajustado sobre o teor daquilo que gostariam que constasse no acordo: (i) pagamento de R\$ 600,00 a ser efetuado pelo genitor diretamente na conta de titularidade da genitora, sem desconto em folha; e (ii) depósito realizado duas vezes ao mês, dia 15 e 30.

Da situação narrada, surgem os seguintes questionamentos: Poderia o juízo se opor aos termos desse acordo, pautado pela premissa de

que, por ser o genitor registrado, o desconto deveria ser feito diretamente pelo empregador da folha de pagamento? A rejeição da homologação judicial poderia se fundamentar na dificuldade de futuro processo de execução? A não aceitação e, conseqüentemente, finalização do procedimento com o termo de sessão infrutífera, simplesmente por não atenderem aos padrões comuns representariam a realidade fática?

Essas e tantas outras situações fazem parte da esfera da mediação familiar e ocorrem diuturnamente nas mais diversas sessões privadas ou públicas de mediação familiar pelo País, e responder a essas questões suscitadas é exatamente determinar os limites da solução mediada, ou melhor, aquilo que pode ou não ser inserido como condição, termo ou encargo na transação feita pelas partes.

A resposta mais acertada está na razoabilidade e proporcionalidade que deverão ser sopesadas entre a realidade das partes e a legislação existente no País, garantindo por conseguinte que nenhuma restrição realizada pelas partes tome dimensões desproporcionais. A conscientização das partes sobre suas necessidades e sentimentos faz com que elas constatem e deem conta à parte contrária de uma maneira diferente daquela que o modelo heterocompositivo propõe.

Portanto, a resposta para os limites do acordo em uma sessão de mediação deve levar em conta a manutenção da família como núcleo basilar da sociedade, do mesmo modo como deve considerada a autonomia da vontade das partes envolvidas em um conflito, a qual, sem dúvida, terá sido explorada e validada pelo mediador diante do sistema jurídico existente.

Nenhum tipo de imposição convive com a essência da mediação, não há como negar que a legislação tem seu viés protetivo e que determinações que protegem a integridade da pessoa, em seu aspecto mais amplo, devem ser observadas. Contudo, a criação de opções é traço marcante da constituição de uma realidade ajustada aos padrões legais.

É bem verdade que não se defende a inobservância completa das determinações materiais prescritas na lei no âmbito das famílias, porém nem todos os núcleos familiares vivem a mesma realidade. Nesse sentido, a colocação de Rozane Cachapuz:²³⁷ “Infelizmente o ideal é bastante diferente

²³⁷ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família* cit., p. 139.

do real, e o que deveria ser óbvio praticamente pode ser considerado exceção”. Logo, leis e precedentes judiciais muitas vezes se tornam inaplicáveis em face da realidade das partes e, por essa razão, o resultado do equilíbrio entre opções e alternativas (viáveis e não criminosas) criados a partir do procedimento da mediação é o melhor para as famílias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da evolução histórica da mediação familiar evidencia que, não obstante tal assunto esteja em voga no atual momento jurídico brasileiro, sob o fundamento de buscar o desenvolvimento da cultura da paz, que resultaria indiretamente na redução da quantidade de processos judiciais, uma vez que as partes saberiam lidar com seus conflitos a partir daquilo que lhes foi transmitido como conhecimento pela técnica, o referido instituto jurídico não é uma novidade.

Além disso, saber de suas origens permite inferir que a mediação familiar é uma forma eficaz de resolver, ou pelo menos tratar, os conflitos que envolvem todos os indivíduos que compõem uma dada família.²³⁸

Ademais, a partir da retrospectiva histórica da família, é possível observar que a construção de uma norma – inclusive as normas individuais e concretas – deve ser realizada pelo aplicador do direito, o que, no caso da mediação, são as próprias partes, por meio da autocomposição. Referida característica permite, principalmente no âmbito do direito de família, inúmeras vantagens, uma vez que para a constituição do fato jurídico haverá a possibilidade de as partes utilizarem do seu contexto social, econômico, cultural, temporal, entre outros, para adequar não só o conceito de família, mas também as demais questões que orbitam em torno dela, a fim de propiciar uma solução mais apropriada ao caso em concreto.

Tal possibilidade somente ocorrerá dado o caráter do ordenamento jurídico-positivo ser semanticamente aberto, cabendo dizer: não obstante haja os enunciados prescritivos devidamente contidos no sistema jurídico, seu sentido é atribuído por seus utentes. Essa consideração é essencial para o Direito de Família, sobretudo diante de sua rápida evolução histórico-social que possibilita a readequação da concepção de família.

²³⁸ “A mediação familiar é uma das mais eficientes respostas às questões familiares como um todo pela via do diálogo diferenciando vocacionado para o futuro daquelas pessoas que, ao se sentirem satisfeitas com suas decisões, cumprirão espontaneamente eventuais compromissos assumidos em mediação” (BRAGA NETO, Adolfo (org.). *Mediação familiar: a experiência da 3.ª Vara de Família do Tatuapé* cit., p. 27).

A possibilidade de família monoparental, homoafetiva, entre outras formas que também se adequam ao conceito atual de família e à realidade na qual estamos inseridos, evidencia que a união de pessoas com a finalidade de, a partir da manifestação do afeto, formar a própria família pode alargar conceitos tradicionais impostos inicialmente pelos institutos religiosos e pela tradição.

Por certo, o Poder Judiciário tem um método heterocompositivo de solução de conflitos, com inúmeras vantagens para solucionar diversos conflitos. Tal modalidade, entretanto, possibilitará que um terceiro, desprovido da realidade daquela família, considerando que nem sempre aquilo que lhe é descrito confere com os fatos, e dos valores a eles inerentes, venha observar se a linguagem jurídica descritora do fato social se subsume à hipótese normativa, visando a devida aplicação jurídica.

Nessa perspectiva, vale ressaltar que a observação feita por esse terceiro imparcial, no caso o magistrado, nem sempre se traduz pelos interesses e sentimentos das partes, pois toda narrativa é feita pelos representantes legais das partes que, identificando as melhores circunstâncias e adequações jurídicas, buscam descrever os fatos de modo que eles se enquadrem da melhor maneira ao que está previsto no ordenamento jurídico e tragam a consequência jurídica possível dentro do sistema, que nem sempre é a esperada pela parte litigante.

Convergindo com essa colocação está o fato de nas sessões de mediação familiar não se trabalhar com as posições das partes, mas sim com seus interesses e sentimentos na busca da solução da controvérsia com o menor volume possível de danos para os envolvidos, o que ganha especial relevo por aqui tratarmos de membros de uma família.

A decisão de um terceiro, no mais das vezes, dificilmente será satisfatória para ambas as partes, visto que esse terceiro não partilha das mesmas experiências vivenciadas pelas partes, e, mesmo que as partilhassem, deveria todo tempo se ater somente aos critérios objetivos decorrentes da narrativa constante dos autos, o que sem dúvida exclui a essência do conflito no íntimo das partes.

Cumprido estabelecer que, quando se faz referência à essência de cada uma das partes, isso não significa que a mediação se confunde com

a psicanálise ou a psicoterapia. Pelo contrário, não se pretende fazer com que as partes superem traumas ou questões que as perturbem, basta que elas demonstrem o que as realmente incomoda para que o conflito seja encaminhado no sentido de direcionar as necessidades e interesses a um ponto comum em que elas consigam, dentro de suas perspectivas, encontrar a melhor solução para sua questão.²³⁹

Em que pese não tratar-se de psicanálise ou psicoterapia, é verdadeira a afirmação de que a mediação familiar pode se externalizar por meio da interdisciplinaridade, isto é, profissionais capacitados de diversas áreas de conhecimento são capazes de, em conjunto, atuar com o fim de aparar as arestas existentes entre as partes de modo a fomentar a criação de opções no processo de resolução de seus conflitos. Isso é possível dada a interligação orgânica do direito e de outras áreas que estudam o indivíduo em si e do indivíduo a partir de suas relações humanas. Nesse aspecto, a mediação familiar se sobressai aos demais métodos alternativos de resolução de conflito quando o conflito é decorrente de questões familiares, pois os sentimentos/emoções envolvidos ou mesmo causados pelo conflito podem ser trabalhados por profissionais com uma sensibilidade mais apurada para determinadas questões.

A mediação familiar, desse modo, embora se reconheça a utilidade e até mesmo a efetividade dos demais métodos de solução de conflitos, apresenta-se, pelo próprio histórico de seus institutos, como forma mais adequada para tratativa, ao menos inicial, dos casos compreendendo direito de família, pois fará com que as partes envolvidas deixem suas posições iniciais e passem a demonstrar o que realmente fez com que elas não conseguissem mais resolver seus conflitos, sendo esse o caminho que terá efeito prático entre as partes conflitantes, pois elas tomam a responsabilidade para si daquilo que está sendo construído a partir de suas exposições.

Da experiência prática nas sessões de mediação familiar privadas e nos Cejusc do Estado de São Paulo resta incontroverso o fato de os conflitos familiares, em sua maioria, terem origem no desgaste emocional da rotina do dia a dia que culmina na falta de diálogo entre as partes e

²³⁹ Nessa lógica, “a mediação de conflitos solicita de cada pessoa envolvida a explicitação de seu posicionamento diante de suas necessidades, crenças e expectativas. Em seguida, convida a pessoa a adaptar essas necessidades às possibilidades reais de um acordo a ser cumprido” (MUSZKAT, Malvina E. *et al. Mediação familiar transdisciplinar* cit., p. 21).

consequente desejo de litigar por qualquer que seja o motivo.²⁴⁰ Frustrações diárias passam a ser percebidas pelas partes envolvidas como verdadeiras questões intransponíveis, o que as encaminha à busca por uma resposta que juridicamente elas entendem que seja válida, mas que não se adéqua à realidade em que se vive.²⁴¹

Nesse contexto, diante da evolução das composições das famílias, do afeto como valor jurídico, das realidades subjetivas de cada uma das famílias, da impossibilidade de se adequar todas as questões de família à norma posta existente no ordenamento jurídico, tem-se que a construção da própria norma individual e concreta pelas partes é a única alternativa que verdadeiramente trata e sana os conflitos, na medida em que é capaz de desenvolver nas partes conflitantes o senso de razoabilidade e a proporcionalidade entre a realidade vivida, a extensão do conflito e as normas postas.²⁴²

A mediação familiar faz com que as partes deixem de lado a ideia do ganha-perde para que, ao final, ambas possam se beneficiar muito mais de um acordo em que, mesmo tendo cedido em alguns pontos, o resultado obtido será o melhor para a continuidade de suas vidas.²⁴³

Contudo, há de ressaltar que, não obstante a solução familiar mediada possibilite maior eficácia ao caso em concreto, as partes em hipótese alguma devem deixar de equilibrar aquilo que elas decidem, isto é, toda opção gerada deve se encaminhar no sentido ganhar validade a partir de sua contraposição ao princípio da dignidade da pessoa humana, quando se tratar de questões

²⁴⁰ “A tendência dos seres humanos é não permitir que o outro tenha tempo para expor as razões que realmente ocasionaram uma contradição; na grande maioria dos casos, as pessoas abstraem da situação o seu juízo de valor, apegando-se a ele sem dar oportunidade de escuta, justamente porque no momento da formação da convicção é cortado o diálogo” (CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família* cit., p. 68).

²⁴¹ “A família está sujeita à pressão interna que provém de mudanças evolutivas nos seus próprios membros, e à pressão externa, proveniente das exigências para se acomodar às instituições significativas, que têm um impacto sobre os membros familiares. Responder a estas exigências, tanto de dentro como de fora, requer uma transformação constante da posição dos membros da família, em relação um ao outro, de maneira que possam crescer, enquanto o sistema familiar mantém continuidade” (Idem, p. 134).

²⁴² “Hay que recuperar el amor a la verdad y la pasión por la libertad auténtica y responsable, valores fundamentales para una democracia más plena. La autoridad y la ley deben respetar todo aquello que constituye un bien social, donde el hombre puede ayudarse a sí mismo y a los demás, para mejorar el nivel y la calidad de vida de la comunidad” (FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica* cit., p. 33).

²⁴³ HAYNES, John M.; MARODIM, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar* cit., p. 137.

que envolvam somente o casal conjugal e ao princípio do melhor interesse do menor nos casos de questões decorrentes do casal parental.

A conclusão final a que se chega é a de que a opção pela aplicação da mediação no cenário das famílias tem relação com a modificação da cultura do litígio para a cultura da paz e, mais do que isso, por ser a família o núcleo social que é, a manutenção do poder de seus membros em sua autogestão é altamente recomendável para que as estruturas familiares sejam preservadas em sua essência, com o bom relacionamento de seus membros, e por bom relacionamento se entende aquele em que as partes se respeitam e dentro de seus limites subjetivos se aceitam tal como são.

REFERÊNCIAS

Doutrinárias

A BÍBLIA: NOVO TESTAMENTO. São Paulo: Paulinas, 2015.

ACLAND, Andrew Floyer. *Como utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona: Paidós Iberica, 1993.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Mediação e o reconhecimento da pessoa*. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2019.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ANDRADE, Juliana Oliveira; CARVALHO NETO, Antonio (org.). *Mulheres profissionais e suas carreiras sem censura: estudos sob diferentes abordagens*. São Paulo: Atlas, 2015.

ANDRADE, Luiz R de. *Dicionário de conceitos e pensamentos de Rui Barbosa*. São Paulo: Edart, 1967.

ARAUJO, Clarice von Oertzen de. Semiótica jurídica. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). *Teoria geral e filosofia do direito*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/96/edicao-1/semiotica-juridica>. Acesso em: 13 jun. 2019.

ARRENDONDO, José Garrido. Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano. *Anuario de Historia del Derecho Español – Miscelánea*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2002. p. 399-428.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6.

BAPTISTA, Makilim Nunes; MAYCOLN L. M. Teodoro. *Psicologia de família: teoria, avaliação e intervenção*. Porto Alegre: Artmed, 2012.

BARBOSA, Águida Arruda. A ideologia por detrás da mediação. In: X CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Anais...* IBDFAM, 2015. Disponível

em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/262.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BARBOSA, Águida Arruda. A política da mediação e experiência brasileira. *In: III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Anais...* IBDFAM, 2001. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/204.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BARBOSA, Águida Arruda. Formação do mediador familiar interdisciplinar. *In: VIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – Família: entre o público e o privado. Anais...* IBDFAM, 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/259.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

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

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário. *In: IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Anais...* IBDFAM, 2003. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/85.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BARBOSA, Águida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. *In: NAZARETH, Eliana Riberti (coord.). Direito de família e ciências humanas*. Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família – Caderno de Estudos n.º 1. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

BARROSO JÚNIOR, Eriberto Gomes; HECKTHEUER, Pedro Abib. A mediação como instrumento da desjudicialização e pacificação social. *Anais da V Semana Acadêmica de Direito da Faculdade Católica de Rondônia*. Porto Velho, 2016. p. 87-123.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BEER, Jeniffer E.; PACKARD, Caroline C. *The Mediator's Handbook*. Rev. and expanded. 4th ed. Canada: New Society Publisher, 2012.

BENJAMIN, Robert. The Natural History of Negotiation and Mediation: The Evolution of Negotiative Behaviors, Rituals, and Approaches. *Mediate – Everything Mediation*, June 2012. Disponível em: <https://www.mediate.com/articles/NaturalHistory.cfm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tercio Sampaio Ferraz Jr. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONO, Edward de. *Six thinking hats*. New York: Back Bay Books, 1999.

BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação familiar: a experiência da 3.^a Vara de Família do Tatuapé*. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2018.

BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação: uma experiência brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: CLA Cultural, 2019.

BRAGA NETO, Adolfo *et al.* *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. *Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil*. Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Maria Tereza Sadek e Kazuo Watanabe (Cebepej), Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha (FGV Direito SP); colaboradores: Adolfo Braga Neto *et al.* Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/relatorio_boas_praticas_de_mediacao_versao_para_impresao.pdf/. Acesso em: 13 jun. 2019.

BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. *Revista do Advogado*, ano XXVI, n. 87, p. 109-114, set. 2006.

BUSH, Baruch; FOLGER, J. *The promise of mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*. San Francisco: Jossey-Bass, 1994.

BUSH, Baruch; FOLGER, J. *The promise of mediation: The Transformative Approach to Conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2011.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Grece Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO, Dimas Messias. *Direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

CASTRO, Luis Fernando Vallim de. *A mediação como um direito fundamental na solução de conflitos*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade Metodista, São Paulo, 2017. Disponível em: <file:///D:/PUC/Dissertação%20Mestrado/Trabalhos/Luiz%20Fernando%20Valim%20de%20Castro.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CEBRAME – Centro Brasileiro de Mediação, [s.d]. Página Inicial. Disponível em: <https://www.cebrame.com.br/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. 4. ed. Curitiba: Editora CRV, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRIONOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CLOKE, Kenneth. *Mediation Training Manual: for beginning, intermediate and advanced mediators*. Santa Monica, CA: Center for Dispute Resolution, 2017.

CMG – Conflict Management Group. *Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide*. USAID From de American People. Disponível em: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200sbe.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Curso de mediação de família*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/e82c5dcf9bcbefc1328225ce122dc98c.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. Organização André Gomma de Azevedo. 6. ed. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa*. Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente – Jurimetria para Proposição de Ações Eficientes. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/7/art20190717-05.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Cartilha de Divórcio para os Pais*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/f26a21b21f109485c159042b5d99317e.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

COMISSÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DA OAB/SC. *Cartilha de Mediação no Direito de Família*. Disponível em: http://www.oab-sc.org.br/arquivo/update/331_58_5b88036264a8b.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, [s.d.]. Página Inicial. Disponível em: <https://conima.org.br/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

DAUER, Edward A. Justice irrelevant: speculations on the causes of ADR. *Southern California Law Review*, p. 83-100, 2000. Disponível em: <http://www-bcf.usc.edu/~uscirev/pdf/074106.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

DEUTSCH, Morton; COLEMAN, Peter T.; and MARCUS, Eric C. *The handbook of conflict resolution: theory and practice*. 2nd ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

DINGLE, Jonathan; KELBIE, Judith. *The Mediation Handbook: the essential guide to contemporary mediation*. United Kingdom: London School of Mediation, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso direito civil brasileiro: direito de família.* 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DUPONT, Christophe. *La négociation. Conduite, théorie, applications.* 3^e éd. Paris: Dalloz, 1990.

FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputa: criação de estratégia e processos eficazes para tratar de conflito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 13 jun. 2019.

FERRAZ, Carolina Valença (coord.). *Manual dos direitos da mulher.* São Paulo: Saraiva, 2013.

FIORELLI, José O.; FIORELLI, Maria Rosa; MALAHADAS JUNIOR, Marcos J. O. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática.* São Paulo: Atlas, 2008.

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. *Beyond reason: using emotions as you negotiate.* United States of America: Penguin Books, 2005.

FONAME – Fórum Nacional de Mediação, [s.d.]. Página inicial. Disponível em: <https://foname.com.br/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

FOX, Margarita; CULOTTA, M. Cristina; DUO, Alicia. *Avances en mediación y resolución de conflictos: ayuda para lograr una convivencia pacífica.* Mendoza: Zeta Editores, 2006.

FRIEDMAN, Gary J. *Inside out: how conflict professional can use self-reflection to help their clients.* Chicago: ABA – American Bar Association Publishing, 2014.

FRIEDMAN, Gary; HIMMELSTEIN, Jack. *Challenging conflict: mediation through understanding*. Chicago: ABA – American Bar Association Publishing, 2009.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O mediador na Resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas*. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.

GOLDBERG, Flavio. *Mediação em direito de família: aspectos jurídicos e psicológicos*. Indaiatuba: Foco, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. *Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, v. 164, p. 29-56, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 13, n. 91, p. 71-92, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflito e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando d. V. d. A. *Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HAYNES, John M.; MARODIM, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

HENRY, James F. Some reflections on ADR. Article 8. *Journal of Dispute Resolution*, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1048&context=jdr>. Acesso em: 13 jun. 2019.

HEPING, Jiang; LEE, Andrew Wei-Min. From the traditional to the modern: mediation in China. *News*, Weinstein International Foundation: Mediating a

better future. Disponível em: <https://weinsteininternational.org/mediation-in-china/>. Acesso em: 13 jun. 2019.

IBA. IBAMediation Sub-Committee on the UNCITRAL model law on International Commercial Conciliation (“MLICC”), *Canada*. Disponível em: [file:///C:/Users/laura/Downloads/Mediation_ResponsesCanada%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/laura/Downloads/Mediation_ResponsesCanada%20(1).pdf). Acesso em: 13 jun. 2019.

IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, [s.d.]. Página inicial. Disponível em: <https://www.imab-br.net/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ISHIKAWA, Brendon; CURTIS, Dana L. *Appellate mediation: a guidebook for attorneys and mediators*. Chicago: American Bar Association, 2015.

LAGRASTA, Valeria Ferioli; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane. *Manual de Implantação do Projeto de Gerenciamento de Casos*. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, 2015. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/manual_do_gerenciamento_-_28%2010%2020091.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. Tradução Tônia van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Discurso de posse do ministro Ricardo Lewandoski na presidência do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursosMinistroRL.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

LIEBERMANT, Jethro K.; HENRY, James F. Lessons from the Alternative Dispute. *The University of Chicago Law Review*, p. 424-439, 1986. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4462&context=uclev>. Acesso em: 13 jun. 2019.

LIMA, Lara da Rocha Martins de. *A mediação no direito de família*. 2017. Monografia (Bacharel em Direito) – UniRio, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <file:///D:/PUC/Dissertação%20Mestrado/Trabalhos/Lara%20da%20Rocha%20Martins%20de%20Lima.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE

FAMÍLIA. *Anais...* IBDFAM, 2001. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/712/III%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 13 jun. 2019.

LOPES, Dulce; Patrão, Afonso. *Lei da Mediação comentada*. Coimbra: Almedina, 2014.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MACMILIAN, Rory. A Practical Guide for Mediators. *Macmillian Keck Attorneys & Solicitors*. Disponível em: <http://www.macmillankeck.pro/media/pdf/A%20Practical%20Guide%20for%20Mediators.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Gabriela Freire. “Direitos indisponíveis que admitem transação”: breves considerações sobre a Lei n.º 13.140/2015. Escola de Direito de Brasília – IDP, Centro de Pesquisas – CEPES, 2016. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/1198/71>. Acesso em: 13 jun. 2019.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos?. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Edição Especial, Curitiba, ano 3, n. 1, maio 2018. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_13.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

MNOOKING, Robert H.; PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes*. United States of America: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000.

MOORE, Christopher W. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

MUSZKAT, Malvina E. *et al. Mediação familiar transdisciplinar*. São Paulo: Summus, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NAZARETH, Eliana Riberti (coord.). *Direito de família e ciências humanas*. Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família – Caderno de Estudos n.º 1. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

PAZ, Rodinei Jaime. *O princípio da dignidade da pessoa humana: o caráter complexo da sua concretização em face da tensão entre democracia e constitucionalismo*. Orientador: Paulo Ricardo Schier. 2009. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2009.

PERPETUO, Rafael Silva; MIRANDA, Vanessa D. M.; NABHAN, Francine A. R. F.; ARAÚJO, Jackeline N. P. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação. *Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo*, v. 24, n. 2, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2005. t. 3.

PRANIS, Kay. *Processos circulares de construção de paz*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROBLES, Tatiana. *Mediação e direito de família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009.

ROCHA, Caio Cesar Vieras; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SANCHEZ, Valerie A. Back to the future of ADR: Negotiating Justice and Human Needs. *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, p. 671-775, 2003. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/77066/OSJDR_V18N3_0669.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 jun. 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Luciana A. M. G. (org.). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUSA, Mônica T. C.; WAQUIM, Bruna B. Do direito de família ao direito das famílias: a repersonalização das relações familiares no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 205, p. 71-86, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509943>. Acesso em: 13 jun. 2019.

SUTER, José Ricardo. *Mediação no direito de família: gestão democrática de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense 2018. v. 5.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5.

TILKIAN, Rubens Decoussau. *Comentários à Lei de Mediação*. São Paulo: Migalhas, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. *Resolução de conflitos: concepção de sistemas para reduzir os custos dos conflitos*. Portugal: Actual Editora, 2009.

UYEDA, Massami. Breves reflexões sobre o sistema jurídico japonês à luz do direito comparado. *Justiça e Cidadania*, 2016. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/breves-reflexoes-sobre-o-sistema-juridico-japones-a-luz-do-direito-comparado/>. Acesso em: 13 jun. 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: família*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 5.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. *Revista de Processo*, v. 251, 2016.

VERÇOSA, Fabiane (org.). *Arbitragem e mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: RT, 1977.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

WAGNER, Adriana. *Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça)*. Processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6-10.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2009. p. 684-690.

Legais

ARGENTINA. *Portal de Resolución Alternativa de Disputas en Latinoamérica*. Disponível em: <http://www.maparegional.gob.ar/>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania). *Parecer do Relator n.º 1, de 10 de junho de 2014*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=238DFF887F2B9854D85B57F712C15FD6.proposicoesWeb1?codteor=1260500&filename=TramitacaoPL+7169/2014. Acesso em: 13 de junho de 2019.

BRASIL. *Carta de Araçatuba – Princípios de Justiça Restaurativa*. Disponível em: <http://jjj.tjrs.jus.br/doc/justica-restaurativa/CARTA-DE-ARACATUBA.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2019.

BRASIL. *Constituição Federativa da República do Brasil de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Lei n.º 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n.º 9.099, de 25 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 25 de setembro de 1995 – Exposição de Motivos. *Diário do Congresso Nacional*, Seção 1, 24.02.1989, p. 329 (Exposição de Motivos). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, altera a Lei n.º 9.469, de 10

de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2.º do art. 6.º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Portaria n.º 1.351, 17 de dezembro de 2018*. Ministério da Educação – Conselho Nacional de Educação. Revisão das Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/outubro-2018-pdf-1/100131-pces635-18/file>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Portaria n.º 1.920, de 4 de setembro de 2012*. Ministério da Justiça. Cria a ação Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM). Disponível em: <file:///C:/Users/laura/Downloads/PortariaMJ19202012ENAM.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Provimento n.º 953/2005* – Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: http://tj.sp.gov.br/download/corregedoria/pdf/provimento_conciliacao.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Resolução n.º 118, de 1.º de dezembro de 2014*. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. *Resolução n.º 809/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Resolucao809-2019.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *Cross-border family mediation*. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_crossborder_family_mediation-372-en.do. Acesso em: 13 jun. 2019.

OAB. *Resolução n.º 02/2015*. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/codigo-de-etica-2016>. Acesso em: 13 jun. 2019.

ONU. Resolução n.º 40/34 de 1985. Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/40/34>. Acesso em: 13 jun. 2019.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Legislação brasileira e portuguesa ordenando a execução das Ordenações Philippinas, 1870. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 13 jun. 2019.

Jurisprudenciais

IBGE. Estatística do Registro Civil 2017. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/quadros/brasil/divorcios>. Acesso em: 13 jun. 2019.

STF, Tribunal Pleno, ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 31.10.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2526614>. Acesso em: 13 jun. 2019.

STJ, 4.^a Turma, REsp 1.331.100/BA, Rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 22.02.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201003014&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 13 jun. 2019.