

CURSO DE DIREITO

Rafaela Matos Peixoto

**MEDIAÇÃO COMO MEIO ADEQUADO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NAS
AÇÕES DE DIVÓRCIO**

Santa Cruz do Sul
2017

Rafaela Matos Peixoto

**MEDIAÇÃO COMO MEIO ADEQUADO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NAS
AÇÕES DE DIVÓRCIO**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof.^a Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler
Orientadora

Santa Cruz do Sul
2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Rafaela Matos Peixoto adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 23 de Novembro de 2017.

Prof.^a Pós-doutora Fabiana Marion Spengler
Orientadora

Ao meu filho João Lucas, minha fonte de orgulho e inspiração.

A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, da nossa competência de dar e receber amor.

(VILELLA, J. B. 1994)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por todas as bençãos concedidas.

Aos meus pais, João Leone e Nilza, que são anjos a proteger meu caminho.

Agradeço a meu filho, João Lucas, pela paciência nos momentos em que tive que me dedicar aos estudos e não pude lhe dar a merecida atenção. Filho tu és minha inspiração e a razão de todo meu esforço. À minha tia Lisete, obrigada pelo amor e pela incansável dedicação e cuidado que se intensificaram nestes anos de graduação.

Agradeço aos meus tios, primos e comadres que mesmo distantes vibraram com cada conquista e compreenderam minha ausência em tantos momentos.

Agradeço ao meu noivo Evandro, pelos momentos compartilhados, especialmente pelo carinho que tanto me faz bem. Teu apoio fez toda a diferença nesta jornada. Aos meus sogros, obrigada pelas palavras de incentivo e por me acolherem como filha.

Aos meus amigos Brunna, Glauca, Daniel, Ana Laura, Guilherme, Samara, Cris e Claudia integrantes do “Terror Jurídico” com os quais que desde a 1ª temporada compartilho minhas manhãs, bem como as angústias, os conhecimentos e as conquistas. Obrigada pelo chimarrão, pelas produtivas discussões e pela amizade, tão essenciais nesta caminhada.

Minha gratidão a todos os professores do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, por todos os ensinamentos transmitidos, bem como aos demais funcionários da instituição.

Agradeço aos colegas do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no Tratamento dos conflitos” pela receptividade, pelos enriquecedores debates e pelas discussões acerca de obras relevantes que serviram como fonte para compor o referencial bibliográfico.

Agradeço ao professor Ms. Renato Nunes pelas lições e auxílio na produção deste trabalho.

Meu especial agradecimento à minha orientadora professora Pós-doutora Fabiana Marion Spengler pela inspiração, dedicação e ensinamentos transmitidos desde a sala de aula até os indispensáveis apontamentos que tanto contribuíram para o aprimoramento do presente trabalho e agradeço também a minha banca, professor Ms. Theobaldo Spengler Neto que gentilmente aceitou participar deste momento tão especial da minha formação.

RESUMO

Trata-se de monografia jurídica cujo escopo é analisar a aplicação da mediação nas ações de divórcio como política pública capaz de harmonizar as relações continuadas, tendo em vista a necessidade de incentivar uma postura positiva na condução das desavenças familiares, especialmente nos casos em que o casal possui filhos. A partir da verificação das lides oriundas do ambiente familiar, a mediação apresenta-se como uma intervenção mediada por um terceiro imparcial, sendo um meio inovador de tratamento de conflitos não-adversarial, que promove o restabelecimento do diálogo através da valoração de sentimentos e da compreensão do próprio conflito, uma abordagem não alcançada pela jurisdição estatal. A pesquisa busca destacar o papel da mediação nas ações de divórcio, ao mesmo tempo, procura demonstrar de qual maneira o tratamento mediado poderá beneficiar as famílias. Para elucidar as problemáticas suscitadas, o presente estudo esboça o contexto histórico-evolutivo da instituição familiar; a seguir apresenta a mediação como meio alternativo de tratamento de conflitos e ao final examina o instituto do divórcio e a aplicabilidade do procedimento mediado nestas ações. Para tanto, empregou-se o método hermenêutico que consiste, basicamente, na leitura e comparação dos principais autores que tratam desse tema. A técnica de pesquisa foi a bibliográfica, consubstanciada principalmente de livros e artigos científicos.

Palavras-chave: Conflitos. Divórcio. Famílias. Mediação. Política pública.

ABSTRACT

The subject of this monograph, whose the scope is to analyze the application of mediation in divorce proceedings as a public policy capable of harmonizing the continuous relations, in view of the need to encourage a positive attitude in the conduct of family disagreements, especially in cases where the couple has children. Based on the verification of the family environment, mediation is an intervention mediated by an impartial third party, and is an innovative means of handling non-adversarial conflicts, which promotes the reestablishment of dialogue through the valuation of feelings and understanding of the conflict itself, an approach not achieved by state jurisdiction. The research seeks to highlight the role of mediation in divorce proceedings, at the same time, seeks to demonstrate how mediated treatment may benefit families. In order to elucidate the problems raised, the present study outlines the historical-evolutionary context of the family institution; the following presents mediation as an alternative means of handling conflicts and at the end examines the institute of divorce and the applicability of the mediated procedure in these actions. For this, the hermeneutic method was used, basically consisting of reading and comparing the main authors who work with this theme. The research technique was the bibliographical one, consubstantiated mainly of books and scientific articles.

Key words: Conflicts. Divorce. Families. Mediation. Public policy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DA FAMÍLIA	11
2.1	Evolução da instituição familiar: histórica e legislativa	12
2.2	Os tipos de família	16
2.3	Conflitos familiares.....	21
3	MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS	24
3.1	Conceito, características e princípios.....	24
3.2	O mediador	29
3.3	As etapas e as técnicas da mediação	33
4	MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO POLÍTICA PÚBLICA NO TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS FAMILIARES NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO	42
4.1	Divórcio: modalidades e procedimento	44
4.2	Mediação familiar no Código de Processo Civil	49
4.3	Aplicação de mediação nas ações de divórcio	54
5	CONCLUSÃO.....	59
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser apresentado neste trabalho monográfico discorre acerca do estudo do instituto da mediação como ferramenta consensual utilizada nas ações de divórcio. Na legislação brasileira, este instituto foi incluído recentemente, na medida em que, com a intensa demanda de conflitos oriunda das relações continuadas, se faz necessário o emprego de intervenção adequada.

No contexto familiar, diante da complexidade de suas relações, surgem muitos conflitos. Assim, a mediação é vista como grande aliada no tratamento destas controvérsias, a ponto de possibilitar aos mediandos escolherem a solução mais satisfatória, gerando menores prejuízos e alavancando uma nova postura diante da crise conjugal. Neste sentido, o problema de pesquisa faz os seguintes questionamentos: qual o papel da mediação nas ações de divórcio? A aplicação adequada do tratamento mediado oferece benefícios às famílias?

O tema abordado apresenta relevância acadêmica e social devido ao fato de que o Direito de Família está amplamente em pauta, principalmente, diante das frequentes mudanças no arranjo familiar. Ao longo dos anos, vem crescendo o número de casos de litígios familiares, em especial, das ações de divórcio, situação em que os consortes ingressam no Poder Judiciário na tentativa de solucionar tais desavenças.

Da mesma forma, a relevância do tema também se dá em decorrência da transformação do paradigma conflituoso. Visto que, a mediação propõe uma forma pacífica de condução do conflito, que se desenvolve a partir da participação ativa das partes, chamadas de mediandos e um terceiro imparcial, o mediador, para juntos alcançarem o consenso.

O objetivo essencial do presente trabalho é analisar a mediação como meio adequado de tratar os conflitos familiares advindos das ações de divórcio. Neste diapasão, este projeto busca examinar o arranjo familiar e suas relações, enfatizando a necessidade de promover uma transformação cultural, tal como, provocar discussões acerca do tema e desenvolver estudos a fim de aplicar os meios pacíficos de forma eficaz e segura.

Ademais, é importante esclarecer que o trabalho trata das ações de divórcio, mecanismo que rompe do vínculo conjugal. Todavia, a legislação prevê também a dissolução de união estável. Assim, utilizar-se-á como referência o divórcio, ao mesmo tempo, que pretende-se contemplar as demais ações que objetivam o

mesmo fim.

A metodologia a ser utilizada no presente trabalho é o método hermenêutico que pode ser entendido como a ciência e a arte da interpretação, fazendo diretrizes metodológicas capazes de garantir o melhor entendimento do texto. O procedimento técnico a ser utilizado é o bibliográfico, desenvolvido a partir de material já elaborado e constituído principalmente de livros e artigos científicos.

Deste modo, no primeiro capítulo, será analisado o contexto histórico e evolutivo da família, através do relato de sua transformação da concepção patriarcal para a socioafetiva. Partindo desta análise, verificaremos as alterações na estrutura familiar, que atualmente, se apresentam por meio de diferentes formatos. Por fim, serão analisados os conflitos inerentes a esta convivência.

Por conseguinte, será abordada a mediação como meio alternativo de tratamento de conflitos a partir das suas características, bem como, serão estudados os princípios norteadores. Ainda, veremos as atribuições do mediador, sob exame de sua atuação, suas limitações e remuneração. Fechando o capítulo, o estudo se declinará a esclarecer as técnicas empregadas no desenvolvimento das etapas da mediação.

No derradeiro capítulo a discussão versará sobre o instituto do divórcio, iniciando pelas alterações legislativas e por fim tratará do seu procedimento. Posteriormente, será examinada a mediação como política pública que amplia os direitos dos cidadãos ao acesso à justiça e razoável duração do processo, como também, será destacado os principais aspectos desta ferramenta nas ações de divórcio.

Ao final, serão expostos os propósitos da aplicação da mediação como política pública de tratamento adequado de conflitos no divórcio.

2 DA FAMÍLIA

Ao longo da história, é possível identificar diversas formações familiares, que foram e são permeadas por fatores religiosos, políticos, sociais e econômicos. Logo, não é possível definir um único conceito de família aplicável a todas as épocas, pois este muda conforme o tempo, espaço e cultura (GAMA, 2008). Por esse motivo, muitos autores se debruçam sobre o tema, na tentativa de melhor contextualizá-lo.

Segundo Dias (2016), unir-se em grupos é um fato normal e necessário à natureza humana, essencial para a manutenção da sociedade e do Estado. Cada indivíduo tem seu papel dentro da família, o pai, a mãe, os filhos, contudo, não importa a sua função e sim pertencer a um grupamento familiar. É no seio familiar que aprendemos as primeiras lições, a transmissão de valores, o primeiro contato com o convívio social, no dizer de Dias (2016, p. 49), “a família é o primeiro agente socializador do ser humano”.

Neste viés, a família moderna é formada por membros que se unem pelo afeto ou parentesco, pelo matrimônio ou união sem casamento, e pelos filhos que podem ou não nascer destas relações. O parentesco é regulado por diversas legislações, assim, a família em conceito amplo, considera também os ascendentes, os descendentes e os colaterais do cônjuge, que são parentes por afinidade ou afins (VENOSA, 2012).

Para Gama (2008), no seio familiar as relações se desenvolvem baseadas nos princípios da solidariedade doméstica, da vida em comum e da cooperação recíproca. Significa dizer que a família contemporânea contempla elementos psicológicos e afetivos. Neste sentido o autor afirma:

a família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento humano, sendo fundamental o reconhecimento da estruturação psíquica na qual todos os integrantes ocupam um determinado lugar (GAMA, 2008, p. 10).

Destacado sua importância, é mister o estudo dos principais aspectos referentes à ambientação familiar. Destarte, este capítulo discorrerá sobre a evolução familiar, pautando os aspectos históricos e legislativos. A seguir serão tratados os novos formatos de família. Ao final serão analisados os conflitos inerentes ao convívio familiar.

2.1 Evolução da instituição familiar: histórica e legislativa

Na antiguidade, as famílias eram denominadas patriarcais. Neste modelo, imperava a figura masculina, no qual o homem era a autoridade predominante sobre a esposa e filhos, uma vez que a mulher casada era considerada relativamente incapaz. Assim, todas as decisões eram vinculadas ao genitor, não havendo possibilidade de interferência dos demais membros da família (LÔBO, 2011).

Por muitos anos, esta tradição perdurou, sob forte influência religiosa, já que este empoderamento era oriundo do casamento – ritual religioso, na época indissolúvel. Segundo Coulanges (1961), as famílias gregas e romanas mantinham crenças religiosas e adoração aos mortos, seus antepassados. Cada família adorava um deus e os cultos ocorriam em casa. O parentesco surgia do compartilhamento do fogo sagrado, contudo não existia parentesco com mulheres, e estas não participavam diretamente do culto, apenas através da figura do marido ou do pai.

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. [...]. Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais (COULANGES, 1961, p. 35).

No Direito Romano a família era caracterizada pelo poder paterno e pelos escravos, logo se difere largamente do conceito hodierno, repleto de sentimentos. Para os romanos o termo família não se aplicava ao grupo familiar e seus membros, mas somente aos escravos. Nos ensinamentos de Engels (2009, p. 76, grifos no original): “*Famulus* quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem”. Lôbo (2011) explica que esse formato familiar era centrado no domínio do homem, com propósito na procriação. Nas palavras do autor “foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, resultando no triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade espontânea primitiva” (LÔBO, 2011, p. 24). Logo, a família era constituída com objetivo de formar patrimônio, sem levar em conta a existência de afeto, por isso, não se falava em ruptura do vínculo matrimonial, pois este era fundado no patrimônio. Mais tarde, com a industrialização, a produção deixa de ser o elemento fundamental, dando espaço ao desenvolvimento de valores morais, afetivos e

assistência recíproca (VENOSA, 2012).

Na cidade antiga, com a expansão da religião, as famílias associavam-se em tribos, e, assim, deram início à formação das cidades. Todavia, as desigualdades eram marcantes na civilização antiga, pois as cidades eram divididas em classes de acordo com a religião. O pater era considerado cidadão e detinha o direito ao voto, ao contrário das mulheres, escravos, estrangeiros e clientes. O casamento era o ritual sagrado de inicialização de adoração aos deuses do marido, uma vez que a jovem abandonava o lar paterno e adotava outra religião, outros costumes. Isso porque, somente podiam-se cultuar os deuses de um lar (COULANGES, 1961).

O casamento, portanto, era obrigatório. Não tinha por finalidade o prazer; seu objetivo principal não era a união de duas criaturas que se convinham, e que desejavam unir-se para a felicidade ou sofrimentos da vida. O efeito do casamento, aos olhos da religião e das leis, era, unindo dois seres no mesmo culto doméstico, dar origem a um terceiro, apto a perpetuar esse culto (COULANGES, 1961, p. 43).

Para Strauss, Gough e Spiro (1980) o casamento gerava uma divisão sexual do trabalho, sendo que cada cônjuge tinha suas tarefas determinadas, assim, às mulheres eram atribuídas os afazeres domésticos e aos homens a guerra e a caça. Essa divisão “não é mais do que um dispositivo para instituir um estado recíproco de dependência entre os sexos”, já que as tarefas designadas a um, ao outro eram proibidas (STRAUSS; GOUGH; SPIRO, 1980, p. 30).

Atualmente, este cenário sofreu consideráveis modificações, pois a família deixou de ter como centro a figura paterna e passou a adotar um modelo de igualdade. As tarefas são distribuídas entre os componentes da família, buscando desenvolver suas aptidões e proporcionar o bem-estar de todos, abandonando-se a rigorosa divisão sexual do trabalho.

O Código Civil de 1916 reconhecia a família constituída através do matrimônio, com isso, continha em sua versão original uma restrita e discriminatória versão de família. Esta legislação não permitia a dissolução do vínculo conjugal, fazia referências distintas entre seus membros, não acolhia as uniões sem casamento, nem seus frutos. Essas referências tinham caráter punitivo na tentativa de proteção do casamento (DIAS, 2016).

Neste sentido, a sociedade contemporânea não se encontra mais apoiada na hierarquia e na autoridade masculina, mas sim no afeto e nas relações igualitárias. Com isso, se observa uma condição de respeito entre os integrantes do grupo. Para

Dias (2016, p. 51, grifos no original): “o formato hierárquico da família cedeu lugar à sua **democratização**, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a **lealdade**”.

No mesmo viés leciona Lôbo (2011, p. 20):

a afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade.

Ao Estado cabe regular o convívio social, proteger os indivíduos e intervir através de normas que devem ser respeitadas por todos, destarte, é possível afirmar que a maior incumbência estatal é a égide da instituição familiar.

a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”. É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvem relações familiares (GONÇALVES, 2014, p. 20, grifos no original).

No entanto, como a lei é posterior aos fatos, a família prevista juridicamente não atende a realidade que se modifica constantemente, alterando, desta forma, a estrutura da família natural, “que preexiste ao Estado e está acima do direito” (DIAS, 2016, p. 47). Por isso, da importância do Estado estar atento a estas novas demandas, a fim de legislar de forma eficaz, seja por meio do Legislativo ou do Judiciário, como vem ocorrendo nos muitos anos.

A ampliação do papel feminino no contexto familiar como também no mercado de trabalho provocou relevantes alterações legislativas. Em 1962, quando foi editado o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, as mulheres deixaram de ser relativamente incapazes e tiveram reconhecida a propriedade dos bens adquiridos por meio de seu trabalho, e assim, passaram a ter os mesmos direitos do cônjuge.

Desta forma, as maiores inovações sobre a dissolução do casamento foram pouco a pouco inseridas na sociedade brasileira. Em 1977, entrou em vigor a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515. A partir daí, foi regulamentada a separação judicial e o divórcio, extinguindo-se o desquite judicial, passando o casamento a ser instituição juridicamente dissolúvel.

Em 1988, a Constituição Federal rompe o vínculo entre a religião e o direito, com isso reforça a igualdade entre homens e mulheres, dilata o conceito de família,

reconhece a união estável e a igualdade entre os filhos, sejam eles biológicos ou adotivos (DIAS, 2016). Esta proteção se observa na redação do artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).

§ 7º 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.

§ 8º 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.

A Carta Magna adotou os novos elementos das relações familiares, destacando-se, especialmente, os vínculos afetivos, que derogaram diversos dispositivos da lei civilista vigente, provocando uma revolução no Direito de Família. Neste diapasão, a família socioafetiva é priorizada em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana (GONÇALVES, 2014). Ou seja, além de ampliar os conceitos de família, a norma constitucional garante, a todos os membros do grupo familiar, proteção de forma igualitária.

Após o advento da Constituição Federal, foi editado o Código Civil em 2002, ainda com traços do código anterior, todavia, incorporou os direitos consagrados na Carta Magna. Lôbo (2011, p. 25) faz severa crítica ao código civilista:

o anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades familiares. O advento do Código Civil de 2002 não pôs cobro ao descompasso da legislação, pois várias de suas normas estão fundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais referidos.

Do mesmo pensamento compartilha Dias (2016), ao alegar que o Código Civil já nasceu obsoleto, pois, não reconheceu as formações familiares existentes desde sempre, sendo assim, um código antigo com um texto novo. Como não poderia deixar de acontecer, a autora também destaca os avanços trazidos pela legislação civil. Diante da nova estrutura jurídica e social, foram abandonadas expressões e

preconceitos que causavam desconforto e discriminação, dentre elas a referência a homem e a mulher, a filiação, etc.

Merece menção, a exclusão da culpa e do instituto da separação, que se deu pela Emenda Constitucional 66/10, dando nova redação ao §6º do artigo 226 da Constituição Federal: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 2010, <www.planalto.gov.br>). Apesar de a separação continuar presente no texto civil, sua aplicação não reflete a evolução social e legislativa. Com isso, almeja-se que todos busquem a felicidade, pois a sociedade mudou, o conceito de família mudou. O casamento não deve sacrificar o bem-estar do casal, a ruptura deste vínculo é dolorosa, mas, muitas vezes, necessária. Por isso, a perquirição da culpa não tem espaço no ordenamento jurídico atual, já que fere a privacidade do casal (DIAS, 2016).

Diante do exposto, a família evoluiu e transformou-se acompanhando as conquistas da humanidade, já que este instituto não é estático, novos valores são inseridos distanciando-se da rigidez de um passado remoto. A família, enfim, se fortalece na medida em que tem seus elementos edificadores baseados nos anseios sociais. Logo, o ordenamento jurídico pátrio deve andar em harmonia com a realidade, por esta razão a necessidade em reconhecer os diferentes modelos de família, conforme a seguir elucidado.

2.2 Os tipos de família

O aumento das ações de divórcio, a inserção das mulheres do mercado de trabalho, entre outras mudanças sociais, ocasionaram alterações no núcleo familiar, originando novos formatos de família. A Constituição Federal, atendendo a necessidade de proteção dos indivíduos, ampliou os direitos das mulheres, crianças e idosos, e também, reconheceu os novos arranjos familiares.

Atualmente, a norma constitucional, em homenagem ao princípio do pluralismo das entidades familiares prevê os seguintes institutos: o casamento (artigo 226, §1º e §2º, CF), a união estável (artigo 226, §3º, CF) e a família monoparental (artigo 226, §4º, CF). Neste contexto, é imperioso mencionar as famílias oriundas dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, denominadas uniões homoafetivas. Este modelo foi inserido no ordenamento pátrio por meio de avanços jurisprudenciais quando o Supremo Tribunal de Justiça declarou, com caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, sua existência jurídica (DIAS, 2016).

O casamento por muitos anos foi caracterizado pela indissolubilidade, sob a influência religiosa, assim, somente se identificava a família se houvesse a celebração de tal ritual, a chamada família matrimonial, considerada a legítima. Sua função era a procriação, as relações afetivas aceitas nesta época, se justificavam para esse fim. Com isso, uma das possibilidades de anulação do casamento religioso, é a esterilidade de um dos cônjuges (DIAS, 2016).

Diferentemente, nos dias atuais, o amparo jurídico decorre dos laços afetivos que unem pessoas com propósitos em comum, pouco importando o sexo do par, sua cor ou sua condição financeira, assim afirma Lôbo (2011, p. 29): “a família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva”. Isto ocorre porque, o casamento foi substituído pelo afeto, como expressamente traz o artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha, que considera família qualquer relação de afeto, haja vista a necessidade de amparar as uniões sem casamento (GAMA, 2008).

As mulheres conquistaram muitos direitos, o surgimento de métodos contraceptivos, a possibilidade de romper o vínculo conjugal, dentre outras conquistas no mercado de trabalho, política, economia. Com isso, as mulheres assumem outras responsabilidades, contribuindo financeiramente para a manutenção do lar e participando das decisões familiares (MADALENO, [2001?] <www.rolfmadaleno.com.br>). Estes fatores contribuíram, juntamente, com o enfraquecimento da religião, para afastar a utopia de família idealizada e casamento eterno (DIAS, 2016).

A união estável foi inserida em nosso ordenamento jurídico na Constituição Federal, porém, muitos casais viviam neste formato, por várias décadas sem respaldo legal. Explica Venosa (2012) que o legislador além de ser omissos quanto à norma regulamentadora também negava as consequências jurídicas destes vínculos, desta forma, o filho fruto desta união não podia, se quer, buscar o reconhecimento do genitor, se este fosse casado. Segundo Dias (2016), isso acarretava em prejuízos ao filho, o qual era punido pela conduta do pai, que à época era considerada como criminosa.

Para Madaleno ([2001?], <www.rolfmadaleno.com.br>):

a Carta Política de 1988 cedeu espaço, proteção e, portanto, conferiu status e identidade civil à realidade sociológica que encarna diversificadas modelagens de constituição, estrutura e de formatação familiar existentes nesse imenso País e assim procedeu ao retirar do porão de armazenagem das categorias excluídas, as famílias naturais, assim

chamadas por terem nascido da informalidade de uma relação afetiva, outrora denominada de concubinato e modernamente rebatizada com a denominação jurídica de união estável.

O doutrinador Venosa (2012) diferencia os termos união estável e concubinato analisando seus elementos constitutivos. Na união estável os conviventes partilham o mesmo teto ou não, como se casados fossem. Já o concubinato se refere às uniões do passado, antes chamados de concubinato impuro ou adúlterino. Por se tratar de uma expressão depreciativa, a antiga denominação concubinos, foi substituída por companheiros. Contrária a esta conduta se posiciona Dias (2016, p. 415) ao alegar que “a pretensão é deixar as uniões ‘espúrias’ fora de qualquer reconhecimento e alijadas de direitos. [...] Nitidamente punitiva a postura da lei, pois condena à invisibilidade e nega proteção jurídica às relações que desaprova”. Ainda observa a autora, que a norma civil que veio para regular este novo – juridicamente – modelo familiar acabou impondo as regras do casamento aos indivíduos que não optaram por ele.

Deste modo, o Código Civil, no artigo 1.723, reproduz os requisitos constitucionais para o reconhecimento da união estável, quais sejam: a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família. Tal artigo reforça que a família contemporânea é baseada no afeto, acolhendo a concepção eudemonista e afastando as exigências estatais e religiosas, que perduravam na família matrimonial, pois coloca como centro da relação, os indivíduos e não seu patrimônio. Lôbo (2011) conceitua esse fenômeno como repersonalização das relações civis.

Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um vínculo afetivo. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento se torna uma unidade. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma entidade. O casal transforma-se em universalidade única que produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial.

Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais do que a prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação só serve como meio de comprovar a existência do relacionamento. Atentando a essa nova realidade o direito rotula a união de estável (DIAS, 2016, p. 417).

A lei civilista ainda cuidou de estabelecer os deveres de lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. Nota-se que este dispositivo, além de atribuir critérios subjetivos, responsabiliza os conviventes, de forma

igualitária, com relação à prole e a si próprios. Quanto às questões de natureza patrimonial, é facultada aos conviventes a elaboração de contrato de convivência, no qual é possível escolher o regime de bens, ou aplicar-se-á, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens (VENOSA, 2012).

Ademais, família deixou de ser sinônimo de casamento e filhos, pois, a ausência destes elementos não é mais essencial para a desconstituição como entidade familiar. Para Lôbo (2011, p. 173):

por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica.

Com efeito, não há o que se falar em equiparação constitucional, eis que tanto o casamento e como a união estável são reconhecidos como entidade familiar, ou seja, ambos merecem a proteção do Estado. Neste sentido, importante observação traz Dias (2016) quanto ao equivocado tratamento dado à união estável pelo legislador civil, visto que trata-se de violação ao princípio da igualdade.

A Carta Magna também abrange o formato monoparental, formado por apenas um dos genitores e seus filhos. A exemplo da união estável, a família monoparental já existia em nossa sociedade. Dias (2016, p. 504) destaca a importância da proteção às famílias monoparentais observando sua fragilidade:

as famílias monoparentais têm estrutura mais frágil. Quem vive sozinho com a prole acaba com encargos redobrados. Além dos cuidados com o lar e com os filhos, também necessita buscar meios de prover ao sustento da família.

No entendimento de Lôbo (2011) a família monoparental é constituída por um dos genitores e seus filhos menores. Diversos fatores podem dar origem a esta formação, como a vontade ou desejo pessoal, o divórcio, a viuvez, a adoção de filho. Alerta Dias (2016) que esta é a realidade de um terço das famílias brasileiras, em razão disto é indispensável à proteção estatal. As mulheres chefiam, na maioria dos casos, os lares monoparentais. Isso, por muito tempo foi associado ao fracasso da relação conjugal. Contudo, atualmente, é possível afirmar que este modelo familiar é uma escolha livre.

Oportuno esclarecer que o grupo formado por um membro que não seja parente, mas que detém a guarda de menores ou sendo os descendentes maiores, merece a mesma denominação. O elemento caracterizador “é a

transgeracionalidade, ou seja, haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais, sem que haja relacionamento de ordem sexual entre eles” (DIAS, 2016, p. 497, grifos no original).

O modelo monoparental difere-se do modelo anaparental quanto à hierarquia entre gerações, já que neste último, inexistente. É o caso da família composta por irmãos ou pessoas parentes ou não, desde que mantenham convivência como entidade familiar.

Analisado os três modelos constitucionais de entidades familiares, é imperioso abordar os demais modelos que ilustram a sociedade. Assim, será apresentado um breve conceito destes formatos de família.

A família parental ou anaparental é formada por parentes consanguíneos ou não, que habitam no mesmo lar, e se unem, por exemplo, somando esforços para adquirir patrimônio. Exemplifica Dias (2016, p. 242):

a convivência sob o mesmo teto durante anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar. [...]. Ainda que inexistam qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável.

Outrossim, mesmo não sendo lembradas pelo legislador, estas estruturas também logram de égide constitucional.

Diante das transformações sociais, novas estruturas familiares se formam, nas quais os casais após a separação encontram novos companheiros. Então, passam a constituir um novo núcleo, o casal, os filhos do outro relacionamento e os filhos em comum. Esse arranjo familiar ainda não possui uma denominação singular, por isso das diversas expressões – família multiparental, pluriparental, composta ou mosaico. Conforme Dias (2016, p. 243) são famílias que se formam por membros oriundos de relacionamentos anteriores, caracterizada pela: “multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência [...]. É clássica expressão: os meus, os teus, os nossos”.

Da mesma maneira, as relações entre pessoas do mesmo sexo, por muitos anos, foram ignoradas pela sociedade e excluídas do ordenamento jurídico, como forma de não aceitar sua existência, contudo, a omissão legislativa não implica na inexistência de direitos. O termo homossexualismo perdeu o sufixo “ismo” que significa doença, e foi incorporado o sufixo “dade”, que se refere a modo de ser. Assim, a homossexualidade é uma orientação sexual, uma forma de viver. O

reconhecimento destas uniões somente ocorreu, em 2011, no Poder Judiciário, quando finalmente, o Supremo Tribunal de Justiça, utilizando-se de princípios hermenêuticos, às reconheceu como entidades familiares, a exemplo do que já havia acontecido na justiça gaúcha, em 2001 (DIAS, 2016).

Ainda sobre o tema acrescenta a autora, em homenagem aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, todos os cidadãos são tutelados pelo manto da juridicidade. Conforme leciona Lôbo (2011), a Constituição Federal ao elencar as entidades familiares não esgotou suas formas, pois se trata de cláusula de inclusão. Neste viés, a proteção estatal deve se estender a todos e a todas as relações de afeto, sendo irrelevante a orientação sexual dos indivíduos.

Assim, percebe-se que o núcleo familiar está em constante alteração, abandonando os antigos e rigorosos padrões sociais. Neste diapasão, merecem cuidadosa atenção, os conflitos oriundos do ambiente familiar, pois nestas relações complexas o bem a ser tutelado é o ser humano e suas relações.

2.3 Conflitos familiares

A partir da análise dos novos formatos familiares, constata-se que a família é um sistema vivo, ou seja, assim como a sociedade, não é estática. Neste ambiente íntimo, pessoas com particularidades e desejos diferentes interagem diariamente, mesmo que afetivamente ligadas, suas relações podem gerar situações conflituosas. Estes conflitos possuem natureza específica e complexa, de maneira que o afeto é o principal elo entre seus membros. Logo, a família é constituída por pessoas, suas relações e seus conflitos. Neste contexto, se busca desenvolver a individualização de cada membro, bem como, o sentimento de pertinência (CEZAR-FERREIRA, 2011).

No entendimento de Morais e Spengler (2012, p. 45) o conflito “consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito”.

Nada obstante, sob a ótica positiva, os autores supracitados ressaltam a importância do conflito como meio de promover mudanças, sendo que tais divergências compõem uma interação intensa entre indivíduos, que refletem dentro e fora do grupo, como forma de manutenção da convivência social. Com isso, é possível afirmar que o conflito possui aspectos tanto negativos como positivos, por

isso, da necessidade de enfrentá-lo, não com o objetivo de eliminá-lo, mas, de oferecer o tratamento adequado.

O conflito transforma os indivíduos, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ainda, existem as condições para que o conflito aconteça, e as mudanças e adaptações interiores geram consequências para os envolvidos indiretamente e, muitas vezes, para o próprio grupo (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 54).

No mesmo sentido, Sales ([2013?], <www.gajop.org.br>) entende “o conflito como algo necessário para o reconhecimento dessas diferenças e para o encontro de novos caminhos que viabilizem uma boa administração das controvérsias”.

Quando o convívio conjugal se torna impossível, dá-se o rompimento do vínculo familiar, logo, um dos cônjuges ou ambos optam pelo divórcio ou pela dissolução da união estável. Farkas (2003) explica que esta ruptura desencadeia um período de luto, que serve como ritual de aceitação da nova situação. Segundo ela, tanto a pessoa que decide pela separação quanto a abandonada sofrem com o afastamento. As mudanças mesmo que desejadas, representam novos desafios e expectativas, já para quem a separação é imposta, surgem o ressentimento, a rejeição e a angústia de não pertencer mais a uma unidade. A terapeuta esclarece “é essa a condição do luto da separação. Bem feito, ele representa a possibilidade de superação. No sentido criativo, da perda, uma condição fundamental para quem quer recomeçar de fato a vida” (FARKAS, 2003, p. 367). Já Pereira (2003, p. 363) acrescenta a

separação conjugal, que fará a passagem de um estado civil para outro, apesar do sofrimento, traz consigo o mesmo sentido do casamento, ou seja, as pessoas se casam para serem felizes, e separam, também, à procura da felicidade.

Ocorre que, esta separação afeta, não só o casal, mas todos os membros do núcleo familiar, especialmente os filhos. É nesta fase que se exige a atenção dos pais para tornar a crise conjugal menos traumática aos menores. Já que, mesmo separados, as atribuições de cada genitor permanecem, as responsabilidades e a hierarquia também. Nesta linha, Maldonado (2009, p. 54) declara:

quando um homem e uma mulher se separam, é o casamento que acaba, não a família. Com o término do casamento, a família transita para um outro tipo de organização (dois lares uniparentais, ou uma família de três gerações quando o homem e/ou mulher voltam a morar com os pais).

A complexidade dessas demandas sobrevém, pois, envolvem emoções, expectativas, mágoas e culpa. Estes sentimentos não surgem repentinamente, mas vêm se acumulando por falta de diálogo ou mal-entendidos, e gradativamente se intensificam. Diante da decisão pela separação, os filhos, salvo exceções, desenvolvem o sentimento de culpa pela desestruturação da família, o que potencializa os traumas decorrentes desta transformação no núcleo familiar. Logo, quando a controvérsia ingressa no Poder Judiciário o que se busca não é a reaproximação do casal, mas uma conduta atenta e adequada para conduzir a separação de forma que não agrave os ressentimentos e possibilite o restabelecimento do diálogo, evitando que os conflitos gerem danos às partes mais frágeis da relação, os filhos. Nesse viés, as ações de litígios familiares necessitam de tratamento mais acolhedor, assentado na afetividade, diálogo e satisfação.

Nesta linha, Cezar-Ferreira (2011, p. 95) alerta:

assim, independentemente do apoio psicológico especializado que se faça necessário, os operadores do Direito – advogados, juízes e promotores – e os operadores não jurídicos – psicólogos, médicos psiquiatras e assistentes sociais – que atuem no caso, podem ser de muita valia para os rumos que o processo judicial e a vida da família tomarão. Para melhor desempenho, devem atentar para que seus valores pessoais não impeçam que se chegue ao que for melhor, especialmente para os filhos do casal que se separa, e devem evitar posturas radicais, que apenas reproduzirão e intensificarão a contenda em que o casal se envolveu.

Como já exposto, tais conflitos não serão solucionados apenas com uma sentença judicial que declare ou constitua direitos, já que a origem do litígio se dá no seio familiar. Desta forma, segundo Cezar-Ferreira (2011, p. 57):

a separação não envolve, tão somente, uma discussão quanto a direitos e deveres. Os efeitos psicoindividuais e psicossociais que a separação pode acarretar levam-nos a perceber que ela é mais que mero resultado de manifestação de vontade e/ou vontades. Os conflitos gerados na separação trazem questões de ordem emocional que aludem às relações entre o casal e entre pais e filhos, pois como se sabe, envolvem sentimentos afetivos, relacionais e psicológicos, antecidos de sofrimento. Isso, sem dúvida, dificulta ao Judiciário no momento de elaboração de uma decisão que seja ao mesmo tempo satisfatória e eficaz aos interesses dos envolvidos.

Diante disto, destaca-se a necessidade da utilização de meios de tratamento adequados aos litígios familiares. Por isso, grande relevância se dá ao instituto da mediação familiar, baseada no diálogo, respeito e solidariedade, no qual é possibilitado às partes, junto a um terceiro imparcial, conduzir pacificamente o conflito, conforme será visto no próximo capítulo.

3 MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

Culturalmente, adotou-se como forma natural de resolução de conflitos, a atividade estatal. Todavia, a sociedade, em constante evolução, necessita de mecanismos mais eficazes de promoção da pacificação social. Neste viés, os meios alternativos de resolução de conflitos despontam inserindo novas perspectivas no contexto social (CALMON, 2008).

As relações familiares são, por natureza, relações continuadas. Devido a esta especificidade e diante da necessidade de manter a harmonia, a mediação tem por fim promover a adequada condução destas controvérsias tão peculiares observando os princípios e técnicas que a norteiam. Logo, este capítulo tratará do estudo deste inovador meio alternativo de tratamento de conflitos.

3.1 Conceito, características e princípios

É cediço que o Estado Contemporâneo experimenta uma severa crise jurisdicional. Para Spengler (2010) os conflitos tratados no Poder Judiciário são analisados por um magistrado, um terceiro alheio, por este motivo, incapaz de sentir as partes e os seus conflitos. Nesta estrutura, compete ao juiz determinar quem ganha ou quem perde, pautado por um conjunto normativo. Ocorre que, este processo é demorado, já que o Judiciário não comporta o aumento de demandas que buscam uma resposta. Entretanto, quando se vislumbra o encerramento do processo, a decisão do magistrado, muitas vezes, não atende aos anseios dos litigantes.

Diante desta problemática, se almeja uma justiça mais próxima, não geográfica ou economicamente, mas, mais próxima dos indivíduos, na qual, estes sejam partes ativas na construção da resposta buscada, por meio da autonomia, responsabilidade e cooperação (SPENGLER, 2010). Acrescenta a autora (2010, p. 294, grifos no original):

e por esses motivos que precisam ser pensados outros mecanismos de tratamento de litígios, tais como a mediação, enquanto *locus* democrático que trabalhe com a concepção de autorregulamentação dos conflitos por parte do sistema social, redefinindo, de forma radical, o modelo de terceiro e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo da jurisdição.

O termo “mediação” deriva do latim *mediare*, seu significado faz referência a

centro, meio. Assim, a mediação é um mecanismo que envolve um terceiro imparcial que se soma aos conflitantes, com o objetivo de restabelecer o diálogo e construir uma solução satisfatória a ambos, priorizando a “participação e à liberdade de decisão entre as partes, à comunicação de necessidades e de sentimentos, à reparação do mal mais que a punição de quem o praticou” (SPENGLER, 2017a, p. 13).

Nas palavras de Morais e Spengler (2012, p. 131):

a mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. [...] O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.

Tartuce (2008) entende que a mediação pretende facilitar a comunicação e promover a reflexão, por meio de espaço para questionamentos sobre os pontos relevantes da questão, a fim de concentrar a atenção nos verdadeiros interesses envolvidos. Compreende Robles (2009) que, mesmo que finde a sessão sem resultar num acordo, os seus efeitos serão positivos, se houver a comunicação entre as partes. Frisa Cahali (2012) que o acordo é a consequência do trabalho realizado com cooperação, e não sua premissa.

O “tratamento” gera no mínimo a conscientização das posições, a redução do desgaste emocional, o arrefecimento da animosidade, e o respeito às divergências. Este resultado, mesmo sem impacto imediato à decisão do litígio, cria até a expectativa de cumprimento espontâneo da solução que, voluntariamente, não foi exitosa, mas resultou da intervenção do terceiro/mediador. Ademais, pela mudança de postura frente ao conflito, as portas da autocomposição estarão sempre mais abertas, talvez aguardando apenas o amadurecimento dos envolvidos que, por vezes, só o tempo traz (CAHALI, 2012, p. 59, grifos no original).

Segundo Calmon (2008), a mediação se define como a interferência de um terceiro em uma negociação, que atua sem poderes de decisão. Logo, mediante um procedimento voluntário e coordenado, o mediador desenvolve técnicas eficazes de negociação. Destaca o autor que “sem negociação não pode haver mediação” (CALMON, 2008, p. 119). Para o autor, a mediação é uma prática informal que existe desde as sociedades primitivas. Desta maneira, o ato rotineiro de auxiliar amigos e parentes nas mais diversas situações conflituosas caracteriza um procedimento informal sem estrutura ou métodos, baseado na experiência de vida e

convívio social. Já a mediação formal ou judicial, fundada em técnicas e princípios ocorre no Poder Judiciário, ou fora dele, a mediação extrajudicial.

a mediação, assim como as demais formas de tratar os conflitos, não constitui um fenômeno novo, na verdade sempre existiu e passa a ser redescoberta em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação dos litígios – no cenário brasileiro, por exemplo, assiste-se não só a uma crise estrutural (instalações), funcional (pessoal), substancial (métodos) do Poder Judiciário, como a uma crise generalizada nas instituições (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 132).

Diante desta problemática, a mediação se mostra como método consentâneo para administrar as controvérsias suscitadas do ambiente familiar. Conforme entendimento de Robles (2009), o processo judicial fomenta os desentendimentos, pois, se desenvolve lentamente, e busca apontar um ganhador e um culpado, fatores que dificultam a comunicação, especialmente em casos de ruptura de vínculo conjugal de casais com filhos, nos quais é fundamental manter a relação harmoniosa. Ressalta a autora que “o processo judicial exaspera o conflito, a mediação transforma” (ROBLES, 2009, p. 45).

Barbosa ([2006?], <www.ibdfam.org.br>) declara que a mediação é um método “que busca a humanização da prestação jurisdicional” por meio da compreensão das relações humanas, por essa razão, a mediação interdisciplinar é preceito basilar do procedimento. Destaca ainda, que a mediação é um instrumento ético que permite ao mediador ocupar uma posição ativa no conflito, não tão próxima que se deixe tomar pelas emoções, nem tão distante que se afaste do sofrimento das partes.

Para Spengler (2010) a mediação adota o sistema do ganha-ganha, ou seja, ambos são ganhadores. Neste viés, proporciona aos mediandos entender o conflito, discutir as soluções, esclarecer mal-entendidos, buscando o melhor resultado, para assim, evitar desentendimentos desnecessários e mais gravosos. Ao mesmo tempo, busca afastar a figura do adversário, em que aquele mais “injustiçado” quer impor sua vontade, como ocorre no tradicional sistema ganha-perde. Nesta linha, com a mediação surge “um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, o que significaria uma verdadeira revolução social” (SPENGLER, 2017a, p. 14).

A mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do Direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio.

Essa proposta diferenciada de tratamento dos conflitos emerge como alternativa à jurisdição tradicional, propondo uma sistemática processual que faça novas abordagens linguístico-temporais (SPENGLER, 2010, p. 338).

Por estes motivos, a mediação é recomendável para as ações que envolvem relações que se perpetuem no tempo, visto que o enfoque é findar o conflito e não a relação (CALMON, 2008). Desta forma, o procedimento mediado tende a ser menos desgastante emocionalmente, já que as partes têm maior participação e autonomia no procedimento. Logo, busca-se dar mais agilidade ao tratamento das controvérsias familiares, alcançando-se também, economia financeira.

A mediação não possui formas rígidas, mas sua realização profissional é caracterizada por métodos elaborados e comprovados com rigor científico. Por isso que se qualifica como um mecanismo. Suas principais características são a cooperação, a autocomposição, a confidencialidade, a ênfase no futuro e a economia de dinheiro tempo e energia (CALMON, 2008, p. 121).

Warat (2004) esclarece que a mediação é um método de resolução distinto dos demais e conseqüentemente do procedimento judicial porque valoriza os sentimentos e promove a sua transformação. Aponta ainda, que a intervenção mediada não tem como objetivo principal a elaboração de um acordo, mas sim, a produção da diferença, através da autonomia.

A mediação é um processo do coração; o conflito, precisamos senti-lo ao invés de pensar nele; precisamos, em termos de conflito, sê-lo para conhecê-lo. Ser e conhecer, não há outro conhecimento. Os conflitos reais, profundos, vitais, encontram-se no coração, no interior das pessoas. Por isto é preciso procurar acordos interiorizados. E por isso que a mediação precisa escolher outro tipo de linguagem. Ela precisa da linguagem poética, da linguagem dos afetos, que insinue, a verdade e não a aponte diretamente; simplesmente sussurre, e não grite (WARAT, 2004, p. 29).

A Lei da Mediação, Lei nº 13.140, no artigo 2º elenca os princípios norteadores, são eles: autonomia da vontade das partes, busca do consenso, isonomia entre as partes, confidencialidade, boa-fé, oralidade, informalidade e imparcialidade do mediador (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>). Além destes, é salutar acrescentar o princípio da cooperação.

O princípio da autonomia da vontade das partes merece destaque no procedimento de mediação, pois, representa o empoderamento das pessoas envolvidas em alcançar o consenso, uma vez que o mediador desempenha o papel

de agente facilitador. Nesta conjuntura, a mediação difere-se do procedimento judicial, já que este está vinculado a uma decisão que põe fim ao processo, irrelevante se justa ou correta. Enquanto que a mediação propõe que a solução seja desenvolvida com a participação dos envolvidos, observando atentamente o caso concreto (SPENGLER, 2017a). Desta maneira, as partes têm liberdade para decidir da forma mais conveniente, todavia, são responsáveis por suas escolhas. Por isso, deve-se agir com prudência e boa-fé. Ainda, cabe ressaltar que o procedimento de mediação é voluntário, logo, as partes possuem autonomia para decidir entre participar ou não, bem como, abandonar o procedimento a qualquer momento. No dizer de Spengler (2017a, p. 14):

as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito.

Explica a autora que o princípio da isonomia é essencial para alcançar o êxito do procedimento mediado, de maneira que, deve-se viabilizar a todos a oportunidade de expressar seus sentimentos e assegurar a sua compreensão. O equilíbrio entre as partes corrobora com o processo de harmonização das relações, eis que trata não somente a questão em pauta, mas, compreende a pacificação das controvérsias que cingem as partes (MORAIS; SPENGLER, 2012).

O princípio da confidencialidade é de suma importância para garantir que os envolvidos sintam-se confortáveis e confiantes no desenvolvimento da mediação. Assim, deve o mediador zelar pelo sigilo das informações obtidas durante a sessão, salvo aquelas que as partes autorizarem sua revelação ou por determinação legal. Neste sentido, também deve o profissional empregar as técnicas do procedimento obedecendo aos fundamentos éticos e às leis vigentes (CAHALI, 2012).

A informalidade e oralidade tornam o procedimento mais próximo das partes. Moraes e Spengler (2012) trazem à baila a importância do debate e da exposição de sentimentos, como instrumentos capazes de restabelecerem relações estremecidas, oportunidade dificilmente alcançada, por exemplo, por uma decisão judicial que fixe uma compensação financeira. Nas palavras dos autores “o ambiente familiar está sujeito a diversos desentendimentos nos quais, para os envolvidos, mais relevante é a questão sentimental presente” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 133). O processo de mediação não segue ritos pré-definidos, como ocorre, no procedimento judicial.

Destarte, é possível adaptar os passos do procedimento ao caso concreto, logo, seu andamento dependerá das circunstâncias e peculiaridades da lide. Assim, o mediador poderá, por exemplo, optar pela realização de sessão individual para elucidar algum ponto nebuloso. Visto que, a sua finalidade é restabelecer o diálogo, reforçar as relações e oportunizar a pacífica condução do conflito (ROBLES, 2009).

O mediador é um terceiro imparcial, segundo Morais e Spengler (2012, p. 157), “este pode ser qualquer pessoa que, porventura, as partes, órgão estatal ou privado, venham a indicar”. Baseado na confiança mútua, o mediador atuará na condução do conflito, auxiliando as partes, de forma consensual, a encontrar a melhor alternativa, sem privilégios ou vantagem a um ou ao outro, respeitando a igualdade entre as partes.

Por fim, o princípio da cooperação trata da interação entre mediador e mediados, empenhando esforços conjuntamente, e assim, através do autoconhecimento e da compreensão, buscam o entendimento das controvérsias. Desta forma, é possível amenizar os efeitos que a relação conflituosa gera não só nas partes, mas também nos demais envolvidos. Segundo Cahali (2012, p. 58) “enquanto meio não adversarial, todo o processo se desenvolve na expectativa de se ter a cooperação entre os envolvidos para se chegar a um resultado positivo”.

Isto posto, é possível concluir que o bom andamento do procedimento e conseqüentemente a construção de um resultado exitoso, depende da aplicação atenta desses princípios.

Como aduzido, o mediador é figura determinante na condução do tratamento dos conflitos, assim sendo, sobre suas competências e características será o estudo do próximo item.

3.2 O mediador

Durante o processo de mediação, as partes terão o apoio de um terceiro neutro e imparcial, o mediador. O mediador possui diversas características e funções que garantem o desenvolvimento do procedimento, logo, o êxito da mediação está intimamente vinculado a sua atuação. Entre elas, cabe destacar: a aplicação de técnicas autocompositivas; escuta atenta; capacidade de transmitir respeito e confiança; administrar desentendimentos entre as partes durante o procedimento; incentivar a colaboração das partes; adotar uma postura conciliatória; afastar o sentimento de culpa; propiciar um ambiente acolhedor e pacífico e a capacidade de

tratar não apenas o conflito em questão, mas também daqueles que impedem a construção de um resultado produtivo (SPENGLER, 2017b). Para Morais e Spengler (2012, p. 163) “é ponto fundamental para o êxito da mediação que o mediador mantenha-se equidistante. Somente poderá este mediar aquelas questões em que tenha certeza que manterá um posicionamento idôneo em relação a tal princípio”.

Ainda assim, a imparcialidade do mediador não deve imprimir a este a frieza do processo judicial, pois seu papel é estar no meio. Isto significa dizer que, o mediador deve vestir-se do conflito, identificar as desigualdades e buscar o equilíbrio das relações, sem oferecer benefícios que alcance apenas um litigante. E assim, “ficar inserido entre as partes e não encontrar um espaço neutro e equidistante no qual resida a grande utopia do moderno, que é ter a qualidade de terceiro” (SPENGLER, 2010, p. 343).

Reflete também que

justamente neutro, o mediador deve ser “isto e aquilo”, deve perder a neutralidade e perdê-la até o fim. Enquanto as partes litigam e só veem seu próprio ponto de vista, o mediador pode ver as diferenças comuns aos conflitantes e recomendar desse ponto, atuando com o objetivo de as partes retomarem a *comunicação*, exatamente o *múnus* comum a ambas. O mediador torna-se meio para a pacificação, remédio para o conflito, graças ao estar *entre* os conflitantes, nem mais acima, nem mais abaixo, mas no seu *meio* (SPENGLER, 2010, p. 343-344, grifos no original).

O mediador atuará ora, de forma passiva, ora de forma ativa, incentivando o diálogo e buscando juntamente com os envolvidos a melhor alternativa, antes ou depois de estabelecido o conflito. Contudo, o mediador terá atuação limitada, já que não possui o poder de decisão ou de induzimento à escolha, pois, cabe às partes decidirem de forma consensual (CAHALI, 2012). O autor alerta para o desafio de conduzir adequadamente a mediação:

a principal função do mediador é conduzir as partes ao seu *apoderamento*, ou seja, à conscientização de seus atos, condutas e de soluções, induzindo-as também, ao reconhecimento da posição do outro, para que seja ele respeitado em suas posições e proposições. [...] Aliás, pela origem dos conflitos, muito maior o desafio de minimizar os efeitos do rancor, da mágoa, do ressentimento perversos ao pretendido diálogo (fala e escuta), pois aqueles sentimentos podem gerar a má vontade na busca de solução consensual (CAHALI, 2012, p. 41, grifos no original).

No entendimento de Morais e Spengler (2012) o mediador é um terceiro com autoridade, mas que não a utilizará para impor uma solução ou para forçar a produção de um acordo. E alertam “nem sempre os melhores mediadores são

aqueles que possuem índices significativamente maiores de acordos obtidos, mas sim aqueles que possuem participantes de mediação significativamente mais felizes” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 158). Dito isto, é mister salientar que a principal função deste intermediador é criar um ambiente que dê às partes as condições, para conjuntamente, alcançarem a resposta para a sua demanda. Resumidamente, Calmon (2008, p. 123) ensina “o papel do mediador é o de um facilitador, educador ou comunicador”.

Tartuce (2008) traz a comparação da função do mediador a um agente catalisador que age possibilitando a atração de dois corpos. Neste procedimento, é necessário que o agente facilitador seja um profissional interdisciplinar, pois o mediador representa um novo profissional, ora com conhecimentos na área jurídica, ora na psicologia, conforme exige o caso, como ocorre, por exemplo, nos complexos conflitos familiares. Explica Robles (2009) que a interdisciplinaridade permite ao mediador entender o conflito e os sentimentos envolvidos, sem deixar de observar as peculiaridades de cada caso.

Santos Dias e Chave Junior (2009, p. 222) destacam “a pessoa como centro da mediação”, salientando a importância da relação de confiança entre o mediador e as partes, já que este intermediário não é, nas palavras dos autores: “um julgador moralista”, mas sim um terceiro que atua embasado na compreensão e aceitação. Através da relação pessoa a pessoa o conflito é analisado diante de sua complexidade, na medida em que propicia a compreensão quanto ao outro, o que significa reconhecê-lo como alteridade. O mediador atua como terapeuta, logo, sua tarefa é estimular a reflexão, para que, as partes assumam o conflito e adquiram lições da sua própria experiência. Desta forma, a mediação possui um caráter terapêutico e pedagógico:

o sentimento é a expressão do mais íntimo da pessoa e se for partilhado fala mais profundamente aos outros. O Mediador, ao permitir a expressão de sentimentos, auxilia a pessoa a desenvolver a percepção de si mesma, a compreender o *outro* e a significar sua própria existência (SANTOS DIAS; CHAVE JUNIOR, 2009, p. 223, grifos no original).

Para Warat (2004) o mediador não é apenas um profissional oriundo de uma escola de formação, onde se ensinam as técnicas de um jogo, rituais ou recomendações. Segundo o autor, a mediação é uma ciência que precisa ser experimentada, pois consiste na magia de entender de gente. O mediador é amoroso, pois ocupa um lugar de amor. Nesta linha, deve cercar-se de cuidados e

empregar sua sabedoria e sensibilidade para extrair os sentimentos mais espontâneos. Refere-se à sensibilidade, uma percepção sutil do contexto, visto que, para mediar é preciso sentir. Aquele que somente intervir, sem sentir o conflito, não irá transformá-lo. E acrescenta (2004, p. 31) “quem vai mediar, precisa estar ligado com a vida”.

Para formar um mediador é preciso levá-lo a um estado de mediação, ele deve estar mediado, ser a mediação. Estar mediado é entender o valor de não resistir, de deixar de estar permanentemente em luta, tentando manipular em seu benefício, a energia do outro (WARAT, 2004, p. 38, grifos no original).

No que tange à formação deste profissional, a Resolução n. 125/2010, a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil determinam que o mediador extrajudicial poderá ser qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazê-la, mesmo que não esteja vinculada a um conselho ou entidade. Já o mediador judicial deve obter capacitação em curso realizado por entidade credenciada, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

O CNJ possui um cadastro nacional que poderá ser utilizado pelos tribunais ou, estes manterão cadastro próprio atualizado dos mediadores e conciliadores. Também é competência dos tribunais determinar os critérios para cadastramento de novos profissionais, bem como, estabelecer a remuneração dos mediadores judiciais, que deverá ser custeada pelas partes, salvo, a gratuidade aos necessitados, como previsto em lei. O CPC prevê que as tabelas definidas pelos tribunais devem obedecer às diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, assim

na forma atual, a minuta prevê cinco níveis remuneratórios. Caberá ao próprio facilitador, no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, indicar em qual das faixas deseja atuar. O primeiro patamar prevê atuação voluntária. Seguem depois quatro níveis de remuneração: o básico, o intermediário, o avançado e o extraordinário. Nesses, serão aplicados valores previstos em tabela própria, em discussão. Já no patamar extraordinário, o mediador negocia a remuneração diretamente com as partes (MONTEIRO, 2016, <www.cnj.jus.br>).

Importante constatação trazem Gimenez e Spengler (2016, p. 273):

o reconhecimento da profissionalização da atividade do mediador, com a consequente remuneração adequada à função exercida, não somente incentiva o profissional no seu aprimoramento constante, bem como reflete na sociedade acerca da sua atuação e do procedimento que realiza, transmitindo credibilidade e confiança, dois entraves que a mediação possui no Brasil [...] que muito recebem contribuição da falta de remuneração do mediador e que sua atividade ainda carece de ser compreendida como

profissão.

Já nas mediações que ocorrem em câmaras privadas, os honorários serão definidos previamente em tabela própria ou ainda poderão ser estabelecidos por hora trabalhada ou conforme escolhido pelos mediandos.

Destacado a importância da atividade do mediador na condução e supervisão das sessões de mediação, é oportuno o aprofundamento sobre o procedimento mediado, a partir do estudo de seus estágios e técnicas.

3.3 As etapas e as técnicas da mediação

Nas palavras de Calmon (2008, p. 130, grifos no original),

denomina-se *procedimento* de mediação o conjunto de etapas ou fases e dos atos neles praticados, todos com vistas a atingir a autocomposição. O procedimento é a arma do mediador, pois como lhe é aconselhável não intervir gratuitamente no diálogo, quando sente que a conversa não está sendo produtiva, deve valer-se do procedimento, de forma que sua interrupção ou intervenção pareça natural às partes e não qualquer censura sobre sua conduta.

Este tópico tratará do estudo das principais etapas e técnicas empregadas no tratamento de conflitos por meio da mediação, contudo, antes de adentrar no tema proposto, é salutar diferenciar as modalidades de mediação, quais sejam, a extrajudicial e a judicial.

A mediação extrajudicial ou privada compreende a atividade desenvolvida por mediadores sem vínculo com o Poder Judiciário, organizada em câmaras privadas ou em comunidades. A característica relevante da modalidade comunitária é o mediador, denominado mediador natural, eis que este possui autoridade moral e a confiança oriunda da comunidade local. No caso das mediações realizadas em câmaras privadas, estas poderão ser desenvolvidas por iniciativa das partes ou ocorrer incidentalmente ao processo judicial, quando o magistrado encaminha os interessados à entidade. Sem embargos, o procedimento realizado no âmbito judicial, manterá o caráter privado, visto que, apenas se tornará público o acordo homologado judicialmente (TARTUCE, 2008). Assim, a mediação judicial acontece quando o juiz encaminha os litigantes a um centro ou entidade, durante o curso de uma demanda judicial. Desta maneira, a sessão será conduzida por mediadores judiciais que compõem o quadro do respectivo tribunal.

Prevê o Código de Processo Civil que todos os processos iniciarão por uma sessão de mediação ou conciliação. Não haverá a sessão, se ambas as partes recusaram, expressamente, ou se ao caso não é admitida a autocomposição. Nestes termos, o autor deverá manifestar-se na peça inicial. Segundo Dias (2016) no silêncio do autor, o magistrado deverá designar a audiência conciliatória, visto que, não se trata de requisito essencial da inicial, por isso descabe a hipótese de emenda da petição inicial. Desta feita, o réu será intimado, por petição, até 10 dias antes da audiência. As partes deverão comparecer acompanhadas por advogado. O não comparecimento injustificado é considerado ato atentatório à dignidade de justiça e gerará multa sobre o valor pretendido ou sobre o valor da causa. Neste sentido, critica Dias (2016, p. 115, grifos no original):

de todo descabido considerar como **ato atentatório à dignidade da justiça** o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência de conciliação, sujeitando o faltante ao pagamento de **multa** de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, importância que reverte em favor da União ou do Estado (CPC 334 § 8.º). Como a solenidade é presidida por um mediador, não pode ele impor tal penalidade. De outro lado, foge ao **princípio da razoabilidade** tal imposição à qual não se sujeita a parte que deixar de comparecer perante o juiz.

Feita tais considerações, será analisado o desenvolvimento do procedimento mediado, no entanto, é mister ressaltar que as técnicas apresentadas são ajustáveis, ou seja, sua aplicabilidade dependerá de cada caso. Ensina Calmon (2008, p. 130) “a existência de um procedimento pré-fixado, segundo o modelo adotado pelo mediador, não significa, contudo, que a mediação deve desenvolver-se segundo esquemas rígidos, inflexíveis”.

A mediação iniciará com a orientação às partes e a organização do espaço das reuniões. Neste primeiro estágio é incumbência do mediador ouvir atentamente e formular questionamentos para que o conflito se torne claro para todos. É fundamental que o mediador dispense igual atenção a ambas as partes, nunca ignore um discurso ou tolha do mediando a oportunidade de falar. É importante que desde o primeiro contato os mediados sintam-se confortáveis, por isso da preocupação com a estrutura e ambientação do espaço onde ocorrem as sessões. Nesta linha, é necessária uma sala com uma mesa redonda, que acomode os participantes ao seu redor, e também uma sala para reuniões individuais. Outros cuidados devem ser empregados para promover a segurança, privacidade e igualdade entre as partes, como por exemplo: acomodar todos sentados; dispor o

mobiliário de forma que todos fiquem em situação de igualdade; oferecer água, café, balas (SPENGLER, 2017a).

Identificadas às partes e constituído o compromisso de participação, passa-se à reunião de abertura, na qual é oportuno reforçar as características da intervenção mediada, ressaltando a confidencialidade, seus benefícios e a importância da atuação participativa, colaborativa e respeitosa. Azevedo (2016) sugere que o mediador siga as orientações da lista de verificação: apresentação dos participantes; esclarecimentos sobre o papel do mediador e sobre o processo da mediação; sigilo das informações; participação ativa e produtiva; confirmação da opção voluntária; informações sobre o papel do advogado e descrição do procedimento.

Através de resumos busca-se conhecer as percepções do conflito, rever os fatos mais significativos, a fim de estimular uma postura positiva e avaliar as sugestões. Durante as sessões é fornecido papel e caneta, assim as partes podem anotar as questões que desejam debater, com isso se almeja que o mediando que esteja expondo seu ponto de vista não será interrompido. É imperioso que o mediador, como agente comunicador, use uma linguagem simples para assegurar a compreensão, mantenha-se atento e disposto a esclarecer as dúvidas e a retomar alguma explicação (SPENGLER, 2017a).

No terceiro estágio o mediador avalia a necessidade de reunir-se com um ou ambos os mediados de forma individual. A sessão privada serve para que o mediador compreenda os interesses e sentimentos de cada um; a perspectiva quanto à solução para o conflito e sobre a existência de possíveis sugestões. Nesta fase, o mediador deve garantir que nenhuma informação será revelada à outra parte, exceto as que forem autorizadas, da mesma forma é importante ressaltar o comportamento colaborativo. Ao encerrar da sessão particular, o mediador reafirma que o procedimento é seguro, sigiloso e depende da participação ativa dos envolvidos. Deve-se ainda oportunizar uma sessão privada com a outra parte (SPENGLER, 2017a).

Na etapa seguinte, as sessões conjuntas e individuais podem acontecer de modo alternado, a fim de avaliar os avanços e a viabilidade das propostas. Nesta oportunidade, o mediador precisa certificar-se que as partes estão preparadas para a sessão ou se existe algum impedimento para a realização do encontro (SPENGLER, 2017a).

No último estágio, o mediador produzirá um texto único, contendo as informações mais relevantes e os passos que possibilitam as partes progredirem em

direção a um acordo. Um procedimento mediado exitoso poderá resultar num acordo, no entanto, é necessário que a decisão seja satisfatória para todos e seja construída de forma consensual, pois, um acordo imposto, dificilmente será executado posteriormente (SPENGLER, 2017a).

Antes da efetiva redação do acordo, serão revisadas as questões já definidas e perquirido das partes sobre a satisfação quanto às suas expectativas e interesses, para garantir a compreensão do conteúdo acordado. Se uma das partes se mostrar insatisfeita, algum ponto deverá ser revisto. Como já mencionado, o mediador não tem a função de propor uma resposta à lide, entretanto, é sua responsabilidade orientar os mediandos quanto à elaboração um acordo que atenda às suas necessidades e que os termos definidos coadunam-se com as determinações legais. Para Morais e Spengler (2012, p. 135, grifos no original),

não compete ao mediador oferecer a “solução do conflito”, porém é de sua competência a manutenção e a orientação do procedimento. Ora, se é do íntimo do instituto da mediação a pacificação, é a responsabilidade do fiscal do processo alertar sobre a possibilidade de uma decisão que se afaste do caráter mesmo do mecanismo que está sendo utilizado ou não sirva para produzir aquele objetivo pacificador e reaproximador das partes e que leve, eventualmente, ao questionamento jurisdicional da mesma.

Nesse momento, os conflitantes que desejarem poderão consultar um advogado para clarificar as questões que geram maior desconforto. Uma vez que o acordo já foi revisado e aceito pelos envolvidos, deverá ser regido definitivamente. O texto carece de uma linguagem clara, simples e objetiva, tudo para que o acordo seja um instrumento efetivo de pacificação entre os mediandos (AZEVEDO, 2016).

Ao final, é importante que o mediador estimule a reflexão e encoraje os mediandos a se expressarem positivamente. Incentivar uma nova postura reforça o acordo firmado e estabelece uma nova relação, o que será determinante para prevenir futuros atritos por má comunicação (AZEVEDO, 2016). Assim, Spengler (2017a, p. 36),

sugere que se reconheça a existência de dificuldades, e que se agradeça ao outro, concentrando-se em um futuro positivo. Não há necessidade de palavras melosas – um reconhecimento objetivo e um simples obrigado bastam. O outro terá mais propensão para implementar um acordo, caso se sinta bem a respeito dele.

No desenvolvimento das etapas descritas anteriormente, são aplicadas algumas técnicas específicas que servem como alicerces de um procedimento satisfatório. No entanto, antes disso, o passo fundamental para lograr êxito na

mediação, se dá quando o mediador conquista a empatia e, principalmente, a confiança dos mediandos. Este fenômeno é denominado *rapport*. Explica Spengler (2017a, p. 39, grifos no original) “O *rapport* se refere ao grau de liberdade na comunicação das partes e a qualidade do contato humano. Ele expressa a aceitação do mediador e a confiança no seu trabalho”. Complementa Azevedo (2016, p. 174) “consiste no relacionamento harmonioso ou estado de compreensão recíproca no qual por simpatia, empatia ou outros fatores se gera confiança e comprometimento recíproco – no caso da mediação com o processo em si, suas regras e objetivos”.

É de suma importância para o bom andamento das sessões, que desde o primeiro encontro o mediador transmita confiança e segurança aos participantes. Diante destas condições, o mediador atuará como um *coaching*, ou seja, um agente que estimula as ações positivas e otimiza as habilidades em busca do entendimento comum (SPENGLER, 2017a).

Neste viés, Cahali (2012, p. 64) alerta

a mediação não deve ser feita sem a capacitação do facilitador. Por mais que uma pessoa tenha habilidade e talento como negociador ou gestor de conflitos, a mediação exige estudo específico, técnicas, experiência, e constante aprendizado para aprimoramento do conhecimento.

Uma das técnicas mais utilizadas na mediação é o resumo. Esta técnica é aplicada logo após a fala de todos os participantes, através da qual o mediador reconhece as principais características do conflito exposto. Neste momento é oportuna a discussão dos temas controversos, como meio identificar as necessidades centrais. A partir desta percepção o mediador organiza o processo de forma a atender as peculiaridades do caso (SPENGLER, 2017a).

Neste diapasão, concerne ao mediador tratar o conflito com naturalidade, bem como, ser diligente ao explanar o resumo, utilizando um tom de voz amistoso e expressões adequadas, visto que qualquer colocação inapropriada poderá comprometer tanto a sua imparcialidade e neutralidade como refletir nocivamente na inter-relação das partes (CAHALI, 2012).

Cabe registrar que por meio do resumo o mediador deverá apresentar uma versão que implicitamente demonstre que conflitos são naturais em quaisquer relações humanas e que às partes cabe a busca da melhor resolução possível diante do contexto existente. Esta demonstração implícita de que conflitos são naturais e que as partes não devem se envergonhar por estarem em conflito é comumente denominada de *normalização* (AZEVEDO, 2016, p. 178, grifos no original).

Destaca o autor que, sendo a mediação um procedimento flexível, esta técnica poderá ser desenvolvida em diferentes etapas, como por exemplo: diante de dúvidas na compreensão, após uma sugestão de acordo, ou ainda para acalmar alguma conversa mais acalorada que, por ventura, venha a acontecer. Desta maneira, esta técnica é considerada uma ferramenta de humanização do conflito, que propicia a aproximação das pessoas através da reflexão.

Interessa para o avanço do procedimento que o mediador filtre as informações mais relevantes e as utilize de modo produtivo, assim por meio do instrumento da paráfrase as partes percebem o conflito por um viés positivo, logo, produzirão soluções positivas. Esse é o fim da técnica da paráfrase ou recontextualização, como denomina Azevedo (2016). Para ilustrar, o autor traz o seguinte exemplo: “o Brasil perdeu a copa do mundo de vôlei na final para a Itália, as partes podem perceber também que o Brasil foi vice-campeão após excelente campanha na copa do mundo de vôlei” (AZEVEDO, 2016, p. 234).

Durante a sessão, não raras vezes as partes não expressam de modo claro seus anseios ou omitem alguma informação. Diante disto, o mediador poderá valer-se da técnica da arte de perguntar. Contudo, essa prática merece alguns cuidados. Nestes termos, “se você não tem uma pergunta não a faça. Nunca faça uma afirmação como pergunta. Esse ato cria confusão e ressentimento porque tais perguntas podem ser ouvidas, inevitavelmente como sarcásticas” (SPENGLER, 2017a, p. 43).

Este instrumento poderá ser utilizado em qualquer fase da mediação, desde o acolhimento até a decisão final. O mediador cauteloso deve avaliar o cenário conflituoso e escolher a forma de perguntar mais apropriada para determinada circunstância. As perguntas abertas são elaboradas com o objetivo de desvendar uma versão mais minuciosa, visto que, o interlocutor é incentivado a relatar suas ideias. Quando empregadas as perguntas fechadas, essas têm por finalidade confirmar um posicionamento, assegurar um compromisso ou garantir o entendimento das informações (SPENGLER, 2017a).

No saber de Azevedo (2016), durante todo o procedimento incumbe ao mediador direcionar sua atenção para identificar os interesses, questões e sentimentos que estão sendo revelados, e mais, utilizar suas habilidades para captar aquelas dificuldades que obstam a pacificação, já que “a sessão conjunta de identificação de interesses, questões e sentimentos tende a ser a etapa mais ansiosa da mediação, pois é nela que as partes mais se soltam” (SPENGLER,

2017a, p. 48). Esta oportunidade é vital ao procedimento de mediação, como ferramenta capaz de promover o diálogo, e assim, restabelecer as relações desgastadas. Isso porque, a mediação é constituída por um conjunto de técnicas que permite a exposição de ideias, debates e espaço para questionamentos. Acrescenta Spengler (2017a, p. 47),

esclarecer interesses, questões e sentimentos poderá auxiliar as partes a avançar na elaboração de um eventual acordo, pois poderão perceber as perspectivas e necessidades umas das outras.

A chance de substituir uma fase de ânimos exaltados por outra na qual as partes comecem a demonstrar empatia buscando alguma solução para o seu conflito é o que a mediação pode oferecer de melhor.

Ademais, a mediação é um método de tratamento de conflitos que tem por fim satisfazer as necessidades de quem a propõe, contudo, inova ao estimular a percepção do outro e suas necessidades, por meio do exercício da alteridade (SPENGLER, 2017a).

Reconhecer essas manifestações é validar os sentimentos, isto significa transmitir às partes que suas alegações foram ouvidas e compreendidas. O mediador deverá apenas identificar os sentimentos oriundos do conflito e abster-se de adotar qualquer postura que indique que a argumentação de uma parte se sobrepõe a outra. Dito isso, esclarece Azevedo (2016) que não se pode confundir o termo validação com o termo concordância. Ainda, conforme o autor

cabe registrar que a validação de sentimentos somente deve ocorrer em sessões conjuntas se as duas partes compartilharem o mesmo sentimento. [...] Em regra, a validação de sentimentos ocorre em sessões individuais (AZEVEDO, 2016, p. 182).

Para garantir um resultado satisfatório em longo prazo é necessário que os conflitantes compreendam antes de aceitarem o acordo, que as condições estabelecidas têm o escopo de atender necessidades que nem sempre são as suas. Essa consciência é fundamental para reforçar a proposta adotada para a resolução de questões e assegurar que o acordo não perderá a sua eficácia (SPENGLER, 2017a).

A técnica da despolarização de conflitos ajuda os mediados a reconhecerem os interesses comuns e afastarem a animosidade, uma vez que ambos têm interesses na resolução da demanda, sendo que, a solução mais adequada virá delas mesmas. Justifica Spengler (2017a, p. 51) “tudo isso se dá porque o ser humano tende a polarizar suas relações conflituosas, acreditando que para que um

possua êxito o outro necessariamente precisará abrir mão de suas posições”.

Em meio ao procedimento, algumas técnicas são adotadas através de pequenos gestos ou de poucas palavras, no entanto, o efeito gerado geralmente é positivo e motivador. Desta maneira, se dá a técnica do afago ou reforço positivo, na qual o mediador assume uma iniciativa elogiosa. Logo, este deve agir natural e genuinamente, de modo que não gere constrangimento as partes (AZEVEDO, 2016).

Nesta toada, tão imperioso quanto eleger as palavras apropriadas é oportunizar um momento de silêncio, para reflexão e elaboração de respostas. O silêncio breve é um aliado do mediador, entretanto, longos períodos de silêncio podem prejudicar o prosseguimento da sessão (SPENGLER, 2017a).

Explica a autora, que a técnica de inversão de papéis se desenvolve especialmente em sessões privadas. Antes de empregar a técnica, o mediador esclarece o procedimento ao participante e informa que o mesmo ocorrerá com a outra parte. Seu objetivo é clarificar e ampliar a percepção dos sentimentos alheios orientando o mediando a se colocar no lugar do outro.

A técnica da escuta ativa compreende a necessidade que todos têm de serem ouvidos. Nestes termos, a comunicação eficaz é aquela que reconhece as dificuldades que o outro busca expressar. Esta técnica visa substituir os conselhos por uma escuta atenta e, assim, demonstrar o interesse na fala do interlocutor. As pessoas não se expressam somente através do diálogo, visto que, muito se transmite por meio de um gesto, uma expressão facial, por esta razão destaca Spengler (2017a, p. 53) “é preciso ‘escutar’ a comunicação não verbal, observar todos os seus movimentos corporais. Aquele mediador que não compreende um olhar não compreenderá uma longa explicação”.

Acrescenta Cahali (2012, p. 58)

e diante deste contexto, ao mediador cabe criar um ambiente propício à comunicação entre os mediados, de forma que, aos poucos, emoções, mágoas, ressentimentos, frustrações ou outros sentimentos sejam superados para facilitar a escuta e respeito à posição do outro.

Vale ressaltar que a aplicação desta técnica imputa ao interlocutor adotar uma conduta atenta, na qual a parte deve demonstrar interesse, tranquilidade e receptividade, fazer perguntas, concentrar-se no tema em debate, observar o conjunto de manifestações verbais e não verbais. Frisa Spengler (2017a, p. 53)

“Escutar ativamente é, antes de tudo, ouvir sem julgar”.

Já a técnica da identificação de opções ou *brainstorming* oferece aos mediandos a possibilidade de elaborarem diversas opções de resposta para o conflito, ou seja, é uma exposição de ideias (AZEVEDO, 2016). Essas opções devem ter por base critérios como valores morais, jurídicos, realidade econômica e social que precisam ser considerados na tomada de decisão. Diante disso, neste momento é importante enfatizar o presente, sem deixar que as mágoas do passado prejudiquem a projeção de um futuro melhor (SPENGLER, 2017a).

Por fim, o presente capítulo declinou-se sobre o instituto da mediação, como meio adequado de tratar os conflitos complexos através de abordagem contextual, enfatizando o papel do mediador e suas principais etapas e técnicas. No próximo capítulo será analisada a aplicação da mediação sob o contexto das políticas públicas, especialmente, nas ações de divórcio.

4 MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO POLÍTICA PÚBLICA NO TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS FAMILIARES NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO

As políticas públicas vêm ganhando espaço cada vez maior nos debates acadêmicos. Em razão disto, é mister a compreensão conceitual acerca do tema. Segundo Schmidt (2008) as políticas públicas são ações planejadas e desenvolvidas como forma de resposta do poder público a problemas sociais. O Estado Contemporâneo interventor institui um conjunto de decisões e ações públicas organizadas em prol da sociedade, ou seja, com coerência intencional no enfrentamento da demanda.

Neste condão, entende-se por política pública o conjunto de atividades organizadas com objetivo de atender as demandas sociais que necessitam de uma intervenção transformadora. Para isso, a atividade estatal se concretiza mediante a atuação dos governantes que implementam, por meio das políticas públicas, ações que visam o bem comum, considerando os recursos disponíveis (SCHMIDT, 2008).

Destarte, os meios alternativos de autocomposição exsurtem no ordenamento jurídico imprimindo um novo olhar no que tange aos conflitos e suas peculiaridades. Neste panorama, busca-se o empoderamento das pessoas, como indivíduos capazes de administrar suas relações, através da percepção de si mesmo, do outro e do seu papel no conflito.

De acordo com Azevedo (2016) por conta dessa necessidade, em 2010, foi publicada a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (alterada pela Emenda nº 2 de 08 de março de 2016), que regulamenta as práticas de mediação e conciliação como mecanismos de tratamento de conflitos sociais que ampliam os direitos dos cidadãos ao acesso à justiça e razoável duração do processo, mediante a previsão de um procedimento rápido e econômico. Nas palavras do autor

a criação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito - seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos. Esta orientação foi adotada, de forma a organizar, em todo território nacional, não somente os serviços prestados no curso da relação processual (atividades processuais), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação (AZEVEDO, 2016, p. 37).

Para Spengler (2017b) as políticas públicas compreendem um conjunto de

ações governamentais que são aplicadas a fim de atender uma necessidade social, ou juridicamente falando, concretizar um direito.

Para a autora a mediação e a conciliação são políticas públicas aplicadas por meio de um conjunto de ações que se caracterizam pela “intervenção nas relações sociais, estando sempre condicionada pelos interesses e expectativas dos integrantes” (SPENGLER, 2017b, p. 67). Dito isto, convém salientar que tais medidas têm como fulcro a condução do conflito de forma que viabilize aos envolvidos assumir o controle e juntos, encontrarem uma resposta consensual.

Salienta Schmidt (2008) que as políticas públicas são analisadas a partir do ciclo político, o qual abrange as seguintes fases: percepção e definição do problema; inserção na agenda política; formulação; implementação e avaliação.

No tocante ao processo de elaboração, as políticas públicas são submetidas a um procedimento de formulação, que requer análise prévia e estudo do contexto social não deixando de observar o objetivo pretendido. Tratando-se de ações sociais “o processo de sua formulação deve ‘escutar’ o contexto no qual se encontra inserido buscando informações para a implementação adequada das mesmas” (SPENGLER, 2017b, p. 68-69).

A aplicação de medidas alternativas como a conciliação e mediação no tratamento de lides sociais “podem ocorrer paralelas ao Poder Judiciário, ou serem anteriores ao processo judicial” (SPENGLER, 2017b, p. 69). Por isso, o efetivo tratamento de conflitos não visa desafogar o Judiciário, mas sim, a efetividade qualitativa, ou seja, o que se quer é viabilizar condições com as quais os indivíduos administrem suas controvérsias, evitando que novos desentendimentos os levem a buscar auxílio na esfera judicial. Em vista disso, por meio a participação ativa das partes na composição de uma resposta satisfatória se fortalece o diálogo, logo, o processo se torna mais célere. Ademais, a perspectiva de diminuição do volume de demandas judiciais se dá em decorrência do consentâneo método empregado ao tratamento do litígio. Nesta linha, conclui Spengler (2017b, p. 69) “reduzir o volume de trabalho e de processos do Judiciário é apenas consequência daquele que é um importante resultado para a sociedade”.

Cumprido esclarecer também que a intervenção mediada não objetiva gerar a celeridade processual, contudo se observa que as técnicas quando exitosas propiciam as partes dirimir seus entraves de modo mais rápido, o que não ocorre nos infundáveis processos judiciais. Assim, a celeridade é considerada uma consequência do procedimento compositivo.

Desta maneira, a mediação como política pública tem por finalidade elucidar as questões complexas advindas de relações continuadas, especialmente dos conflitos familiares. Indiscutivelmente, a ruptura do vínculo conjugal é um fato que necessita ser bem administrado, devido à intensa carga emocional envolvida e aos efeitos que não se restringem somente ao casal, mas também alcançam os demais integrantes do grupo familiar. Diante disso, a mediação mostra-se como meio adequado para desembaraçar os sentimentos e ressentimentos envolvidos. Sobre o divórcio, suas características e seu procedimento será o estudo a seguir.

4.1 Divórcio: modalidades e procedimento

No início do século XX, sob a égide do Código Civil de 1916 o casamento era um instituto indissolúvel. O rompimento do matrimônio se dava por meio do desquite, entretanto o vínculo não era dissolvido. Para Dias (2016, p. 353, grifos no original),

permanecia intacto o **vínculo conjugal** e a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre. Cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto, mas não havia a opção de novo casamento.

Nestes termos, os vínculos extramatrimoniais que existiam não eram reconhecidos, estes na época eram denominados de concubinato. No entanto, as ações judiciais geradas para dirimir os conflitos oriundos destas relações atribuíram-lhes a condição de sociedade de fato e estabeleceram a partilha dos bens obtidos na constância da convivência em comum mediante prova de contribuição de cada um (DIAS, 2016).

O casamento se tornou dissolúvel, finalmente, com a edição da lei nº 6.515, a Lei do Divórcio, em 28 de junho de 1977, que previa algumas condições para a sua concessão. Recorda Lôbo (2011, p. 150) “em solução de compromisso com os antivorcistas, a legislação manteve o desquite, sob a denominação eufemística de separação judicial, como pré-requisito para o divórcio”. Desta maneira, era necessário: “(a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos; (b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional; e (c) ser comprovada a causa da separação” (DIAS, 2016, p. 354).

Seguindo os avanços, a Constituição Federal diminuiu o prazo estimulado em cinco para dois anos de separação e desobrigou a alegação de uma causa de pedir.

Conquanto, a autora critica a permanência do instituto da separação, o qual declarava o casamento como findado, contudo a pessoa não poderia unir-se em matrimônio novamente. Entende a doutrinadora, que a intervenção estatal nas questões conjugais era indevida, uma vez que impunha aos cidadãos pressupostos para a extinção do matrimônio, o que configurava evidente violação aos princípios da liberdade, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana.

Por iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família foi elaborado o anteprojeto que buscava afastar a duplicidade processual. Com efeito, a Emenda Constitucional 66/2010 deu nova redação ao §6º do artigo 226, da Constituição Federal, instituindo que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Vislumbrada tal conquista, foi excluída a exigência de prazos e também a existência de culpados pelo rompimento do vínculo conjugal. Sustenta Lôbo (2011) que o divórcio era eivado pelos ressentimentos gerados pela responsabilização da culpa, o que refletia no comportamento após o rompimento. Da mesma forma, o princípio do melhor interesse do menor se dá por prejudicado diante de um cenário de acusações e disputa, agravado pela perquirição da culpa.

A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação (LÔBO, 2011, p. 150-151).

No mesmo íterim, pondera Dias (2016) que essa inovação legislativa excluiu a separação judicial do ordenamento jurídico, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão ao divórcio, visto que derogou os dispositivos que tratavam do tema na legislação infraconstitucional. Nada obstante, por se tratar de assunto não pacificado na doutrina, a autora assinala:

o fato de o **Código de Processo Civil**, de modo para lá de injustificado, fazer referência à separação, não tem o condão de ressuscitar o instituto que já foi sepultado por todos os tribunais do país. A previsão afronta o **princípio da proibição de retrocesso social**, não existindo nenhum permissivo para a lei ordinária alterar o comando constitucional. A lei processual estabelece ritos para a busca de tutela de direitos pessoais. Mas, se inexistente o direito a ser tutelado, previsões procedimentais não tem o condão de criar ou recriar, algum direito, se tornando regras absolutamente ineficazes (DIAS, 2016, p. 358, grifos no original).

Corroboram com este entendimento Glagliano, Pamplona (2010, p. 56):

e o fato de a separação admitir a reconciliação do casal – o que não seria possível após o divórcio, pois, uma vez decretado, se os ex-consortes pretendessem reatar precisariam casar-se de novo – não serve para justificar a persistência do instituto, visto que as suas desvantagens são, [...] muito maiores.

Destacam os autores que a forma direta de divórcio é mais vantajosa, pois evita a duplicidade de processos, o que conseqüentemente, evita também desgaste emocional e gasto com custas processuais.

Diante deste panorama, o divórcio é o único instrumento pelo qual é possível romper a sociedade conjugal e extinguir o vínculo marital, que poderá se dar por meio consensual ou litigioso (DIAS, 2016). Ensina Gagliano e Pamplona Filho (2010), este é um meio voluntário que tem como objetivo colocar fim ao vínculo matrimonial válido, o que implica na extinção de deveres conjugais. Deste modo, basta a manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges.

Hodiernamente, estão previstas três modalidades de divórcio, a saber, o divórcio judicial litigioso; o divórcio judicial consensual e o divórcio extrajudicial consensual. Em todas elas é preciso atentar-se quanto à definição de questões essenciais, como: a guarda e proteção dos filhos (preferencialmente compartilhada, conforme orienta a Lei n. 11.698/08), sobrenome atualizado, alimentos e partilha de bens. Sem embargo, manteve-se a regra do artigo 1.581, do código civilista que permite que a partilha de bens seja realizada em outro momento (LÔBO, 2011). Contudo, esclarece Dias (2016) que esta opção gera a multiplicidade de ações, o que não é satisfatório, sendo que, as partes continuaram em litígio, dilatando a animosidade entre os envolvidos. Assim sugere a autora “melhor é tudo ser solvido na mesma ação” (DIAS, 2016, p. 374).

Extinto o instituto da separação, também afastou-se a faculdade de o titular do nome solicitar que o outro retire o nome adotado em virtude do casamento. Convém lembrar que, aquele que deseja retirar o sobrenome do ex-cônjuge poderá fazê-lo a qualquer tempo através de procedimento administrativo junto ao registro civil (DIAS, 2016).

O divórcio é uma ação personalíssima, assim, compete aos cônjuges ingressar com o pedido. Nada obstante, é conferida a legitimidade representativa ao curador, aos ascendentes ou aos irmãos. No caso de incapacidade o Código Civil dispensa a prévia decretação da curatela. O ingresso da ação poderá ser no domicílio de qualquer dos ex-cônjuges, sendo em todas as modalidades exigida a apresentação da certidão de casamento (GONÇALVES, 2014).

O divórcio judicial litigioso é a medida cabível quando há divergências sobre a própria separação ou sobre algumas das questões essenciais, posto que são situações potencialmente conflituosas. Cabe ressaltar, que somente serão discutidos assuntos que versem sobre os alimentos e guarda dos filhos. Como já mencionado, a partilha de bens poderá ser estabelecida em oportunidade posterior e, principalmente, é incabível o reconhecimento de culpa, já que “Não há culpado, no divórcio, nem responsável pela ruptura” (LÔBO, 2011, p. 155). Neste condão, Dias (2016, p. 380) destaca a viabilidade de o divórcio ser concedido enquanto tramita a ação referente aos demais pedidos cumulados,

a decretação do divórcio a título de tutela antecipada, ainda que não tenha o autor pedido sua concessão liminar. Ao despachar a inicial, o juiz decreta o divórcio e determina a expedição do mandado de averbação após a citação do réu e o decurso do prazo de recurso. Tal não ofende o princípio do contraditório até por ser admitida sentença parcial antecipada (CPC 356).

Os casais que não optarem pela via extrajudicial poderão encaminhar o divórcio judicial consensual. Neste modelo, os ex-consortes deverão pactuar em comum acordo sobre as questões essenciais, ocorrendo isso, o juiz homologará o acordo, desde que observados os interesses da criança e do adolescente (LÔBO, 2011). Ensina Dias (2016, p. 373, grifos no original)

a homologação do divórcio consensual deve ser requerida por petição firmada por **ambos os cônjuges**, na qual deve constar (CPC 731): I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges (CC 1.694); III – o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas (CC 1.583, 1.584 e 1.589); e IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos (CC 1.696).

Tratando-se de divórcio de casais com filhos menores, indiscutivelmente, o meio empregado é o divórcio judicial, ainda que haja consenso entre os cônjuges. Os interesses da criança e adolescente são direitos indisponíveis, logo, carecem da tutela estatal, ainda conforme previsto na norma processual civil, é indispensável a participação do Ministério Público (LÔBO, 2011).

A Lei nº. 11.411/07 inseriu no ordenamento jurídico a modalidade de divórcio extrajudicial, aplicável nos casos em que não haja divergências entre os cônjuges quanto às questões essenciais e também a inexistência de filhos menores ou incapazes. O procedimento será feito mediante escritura pública perante tabelião, ocasião na qual as partes deverão ser assistidas por advogado ou defensor público,

sendo que o mesmo profissional poderá orientar a ambos (LÔBO, 2011). Leciona Dias (2016) que é possibilitado aos consortes serem representados por procuradores, em razão de que, igual condição é permitida na celebração do casamento.

Desta feita, a autora assinala

depois de lavrada e assinada a escritura, deve ser encaminhado o traslado ao registro civil para a devida averbação no assento de casamento e de nascimento dos ex-cônjuges. A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras (CPC 733 § 1.º). Também serve perante a junta comercial, para alterações societárias e para proceder à transferência de veículos junto ao departamento de trânsito (DIAS, 2016, p. 391).

Afirma a doutrinadora que a via extrajudicial deveria ser medida obrigatória nos casos de consenso e ausência de filhos menores. Dado que, é evidente a falta de interesse processual, contudo, tal imposição vai de encontro aos princípios constitucionais que garantem o acesso à justiça. No mesmo viés, Gagliano, Pamplona Filho ressaltam que a via judicial deve ser reservada para situações especiais, em virtude de que o procedimento administrativo ocorre de modo mais simplificado e ágil.

Imperioso acentuar que independente da modalidade de divórcio empregada, o dever de proteção e alimentos dos pais divorciados referentes aos filhos permanecem, observado o acordo estabelecido ou a determinação judicial. Em caso de guarda exclusiva, o genitor não guardião não terá prejudicado o acesso ao filho, também não é tolhido deste o direito-dever de participar da educação do filho, garantindo desta maneira, o melhor interesse do menor (LÔBO, 2011).

Nas ações judiciais, estabelece o Código de Processo Civil que a citação será feita na pessoa do réu e o mandado de citação não conterà a cópia da inicial, estas medidas são empregadas para evitar o aguçamento das desavenças entre os ex-cônjuges. Sendo o réu não encontrado esclarece Dias (2016, p. 385, grifos no original):

encontrando-se em lugar incerto e não sabido, deve ser citado **por edital**. Ainda que o autor afirme não saber do seu paradeiro, o juiz deve diligenciar sua localização antes de determinar a citação editalícia. Não encontrado o réu, mesmo assim deve ser decretado o divórcio, que não depende da sua concordância.

Institui o referido diploma que o réu será citado para comparecer à sessão de

conciliação ou de mediação. Essa foi uma importante novidade inserida na legislação processual brasileira, seguindo o exemplo positivo já empregado em outros países. Nas ações de família, particularmente, as partes deverão comparecer à sessão de mediação, salvo se ambas manifestarem recusa expressa, tema que será elucidado no tópico seguinte.

4.2 Mediação familiar no Código de Processo Civil

O novel Código de Processo Civil, que passou a vigorar em março de 2016, apresenta notória atenção aos meios autocompositivos. Desta feita, é possível perceber a preocupação do legislador em estimular a utilização dos métodos consensuais, o que pode ocorrer em qualquer fase do processo, sempre em que houver o interesse das partes. Logo nos primeiros artigos do mencionado diploma é possível verificar tal previsão, assim ao analisar o artigo 3º entende Spengler (2017b, p. 144) que “a proposta do novo CPC não é tornar obrigatória a mediação ou a conciliação, mas estimulá-la. E tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores do Direito, mesmo quando já ajuizada a ação”. Com efeito, importantes inovações ocorreram no cenário jurídico das ações de família diante das significativas alterações processuais que trazem a mediação em diversos dispositivos.

A atual legislação estabelece que as sessões ocorram preferencialmente nos centros judiciários criados pelos tribunais, com a participação dos mediadores e conciliadores. Alerta Tartuce (2016, <www.fernandatartuce.com.br>) “especialmente quando quem protagoniza a tentativa de abordagem consensual é o juiz, a situação pode se tornar ainda mais perigosa por força da autoridade que detém”. Ainda salienta a autora, que a atuação do juiz como mediador ou conciliador irá interferir na sua decisão, nos casos em que não é alcançado o acordo e a lide é submetida à jurisdição, seguindo a lógica contenciosa. Visto que, o conteúdo da mediação, as propostas, as revelações não poderão ser usadas como argumentação na esfera judicial. Deste modo, sendo o magistrado o mediador é impossível assegurar a sua neutralidade.

As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e mediação, segundo previsto no artigo 168. Já o §3º do referido artigo orienta: “sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador”. Desta maneira, por meio da interdisciplinaridade,

profissionais com diferentes conhecimentos atuarão na orientação aos mediandos. Desta forma, se almeja oferecer um ambiente informal e apropriado, onde os mediandos sintam-se à vontade para expressarem suas angústias, distante dos ritos pré-definidos e da decisão imposta pelo juiz (SPENGLER, 2017b).

Insta destacar a diferenciação entre conciliação e mediação apresentada a partir da atuação dos profissionais, o que auxilia na escolha do meio mais adequado para dirimir a lide. Assim, merece transcrição a redação do artigo 165:

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.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A Lei da Mediação no artigo 3º estabelece que pode ser objeto de mediação o conflito que versa sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. A legislação processual indica que este é método compositivo adequado para dirimir as desavenças familiares. Deste modo, o Capítulo X prevê o tratamento dado às ações de família, bem como o incentivo à solução consensual, conforme se observa no artigo 694:

Art. 694. 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.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Estas ações cuidam de relações continuadas, que envolvem demasiada carga afetiva, assim, a mediação busca a transformação da postura conflitiva em postura participativa, nas quais os envolvidos não são adversários, o que significa dizer que não há um ganhador x perdedor, visto que, adota-se o sistema do ganha-ganha (SPENGLER, 2017b).

Em acordo com lei 13.140, Lei da Mediação, e seguindo o mesmo teor da Resolução 125 do CNJ, o CPC estabelece no artigo 166 que a conciliação e a mediação são norteadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Estes princípios contribuem para o bom andamento do procedimento e consolidação dos resultados produzidos pelas partes a partir dos próprios sentimentos e interesses. Segundo leciona Tartuce (2016, <www.fernandatartuce.com.br>): “o reforço no estímulo à adoção dos meios consensuais, contudo, exige dos operadores do direito uma imersão mais aprofundada sobre aspectos importantes da vertente autocompositiva”. Com isso, o que se busca é aumentar a credibilidade e a satisfação, e assim, reduzir a resistência dos juristas que ainda operam sob a cultura do conflito e da sociedade que ainda recorre ao Poder Judiciário, como primeira opção para discutir suas demandas.

No que concerne ao procedimento do divórcio ensina Parizatto (2016) que ajuizada a ação, incumbe ao juiz analisar o deferimento de tutela provisória e designar a sessão de conciliação ou mediação. O mandado de citação será na pessoa do réu e deverá conter apenas as informações essenciais à reunião, sem a cópia da petição inicial. Ainda, deve-se observar o prazo de 15 dias de antecedência da data estabelecida. Nas ações de família a citação trata tão somente do comparecimento à sessão (CPC, art. 695).

Para Spengler (2017b, p. 173): “a mediação no Brasil é voluntária, ou seja, os conflitantes têm autonomia para aceitá-la ou rejeitá-la”, assim sendo, é incabível a previsão de qualquer tipo de penalização a quem não deseja participar.

No entanto, prevê a norma processual que a mediação não se realizará se ambas as partes recusaram expressamente, assim ao autor é oportuna a manifestação na petição inicial e a parte requerida deverá apresentar sua recusa em petição no prazo de 10 dias antecedentes à data da sessão. Já o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e ao faltante é gerada multa pecuniária (CPC, art. 334, §8º). Observa-se que tal dispositivo não faz menção a audiência de mediação, na medida em que o legislador estabeleceu a penalidade apenas quando ocorrer à ausência não justificada à audiência de conciliação. O tema gera inúmeras discussões, especialmente, quanto à interpretação do apontado

artigo que provoca o seguinte questionamento: a omissão trata-se de um esquecimento do legislador ou tal previsão não se aplica à mediação? Spengler (2017b, p.161) compreende que:

Talvez tenha faltado, [...] coragem ao legislador para determinar a obrigatoriedade de comparecimento ao ato ou então, para dispor, de maneira clara, sobre sua liberdade para recusar sua presença, gerando e administrando a polêmica daí advinda. A decisão foi salomônica e ficou no meio do caminho: existe alternativa para evitar o ato atentatório a dignidade da justiça. Porém, gerou polêmica do mesmo modo: além de discutir a interpretação quando a obrigatoriedade discute a falta de coragem do legislador em se posicionar de maneira direta.

Ademais, reflete a autora que medidas que estimulam a imposição da mediação poderão gerar efeitos diversos do almejado, como:

a) má vontade e falta de colaboração, desperdiçando um tempo precioso que poderia ser investido em outro conflito; b) a mediação torna-se uma etapa processual (tal como a antiga audiência de conciliação prevista no CPC de 1973) do qual o cidadão participava apenas para cumprir com o que foi legalmente determinado; c) se por ventura ela resulta em acordo, a chance de descumprimento é maior, uma vez que é de conhecimento geral que quanto mais imposta a decisão/solução, maiores são as chances de descumprimento; d) o abandono dos princípios básicos da mediação (SPENGLER, 2017b, p. 173).

Designada a sessão, as partes deverão comparecer acompanhadas por advogados ou defensores públicos. Diversamente ocorre na mediação extrajudicial quando uma das partes comparece desacompanhada de procurador, cumpre ao mediador suspender o procedimento, devido ao desequilíbrio entre as partes e aconselhar que o mediando desassistido procure a Defensoria Pública ou constitua advogado (PARIZATTO, 2016).

Explana Parizatto (2016, p. 2, grifos no original):

se não houver conciliação na audiência designada e para qual foi o réu citado, o juiz **intimará** o réu em tal oportunidade, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, para que ofereça **contestação**, entregando-lhe em tal oportunidade, **cópia da petição inicial**.

Nesta lógica, não obtido o acordo entre as partes serão adotadas as regras do procedimento comum (CPC, art. 697). Assim, o prazo contestacional iniciará a partir da data da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição (CPC, art. 335, I).

Ante a complexidade das relações familiares, elogiosa possibilidade está estabelecida no artigo 696 que permite o fracionamento da audiência de mediação e conciliação, em tantas sejam necessárias para a construção de uma resposta consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

A mediação satisfatória ocorre através do restabelecimento do diálogo entre as partes, mesmo que não se alcance, num primeiro momento, o consenso. Todavia, quando elaborados acordos, estes serão reduzidos a termo, uma vez homologados pelo juiz ganharão força de título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, IV). O CPC determina que os atos processuais são públicos, salvo aqueles que tramitam em segredo de justiça, pois tratam de matéria familiar (CPC, art. 189, II). Nestes casos, o Ministério Público intervirá previamente à homologação do acordo, se houver interesse de menor ou incapaz (CPC, art. 698). Neste sentido, ponderosa reflexão traz Spengler (2017b, p. 174):

a) O Judiciário se mantém protagonista e controlador dos acordos feitos em sessões de mediação, dizendo a última palavra, quando envolverem direitos indisponíveis transacionáveis e possui, para isso, a fiscalização do Ministério Público. Tal fato não contribui para a diminuição do volume de processos e não auxilia no descongestionamento da estrutura judicial uma vez que, na forma de acordo, o conflito vai ao Judiciário para ser homologado;

b) Por outro lado, entende-se a prudência da homologação ali determinada especialmente devido ao tipo de conflito e de direitos nele discutidos bem como a possibilidade de participação de incapazes.

Evidente cautela com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente verifica-se no artigo 699, que prevê que quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

O processo judicial poderá ser suspenso enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (CPC, art. 694, parágrafo único). Tal medida se faz necessária, tendo em vista que o andamento do processo ou a decisão proferida pelo juiz poderá ir de encontro com a negociação em desenvolvimento no tratamento alternativo. Orienta Parizatto (2016, p. 9):

neste caso, cabe às partes peticionarem ao juiz, requerendo a suspensão do processo por um determinado prazo, que poderá ser prorrogado, sendo necessário, mediante novo pedido, com a finalidade de se possibilitar tanto uma mediação extrajudicial com o intuito de solucionar as pendências entre o casal divorciando ou mesmo para viabilizar o atendimento multidisciplinar.

Tal espécie denota conjunto de especialistas, trabalhando em equipe, em busca de um objetivo comum, neste caso, auxiliar as partes em conflito, podendo se referir, à evidência, em atendimento psicológico.

Diante do exposto, observa-se que o diploma processual civil vigente preocupa-se em aproximar o Judiciário do cidadão, tornando o processo mais humanizado. Ademais, a mediação e a conciliação são consideradas práticas inovadoras no ordenamento jurídico com grande potencial de transformação social e disseminação da cultura da paz. Neste diapasão, os benefícios do procedimento mediado são imensuráveis, pois perpassam a esfera financeira, atingindo não somente as partes, mas também a todos os integrantes do arranjo familiar, o judiciário e a sociedade. A temática a seguir abordará a aplicação da mediação no divórcio, visto que se trata do conflito mais complexo dentre as relações familiares.

4.3 Aplicação de mediação nas ações de divórcio

O rompimento do vínculo conjugal gera grande sofrimento ao casal, mesmo quando a separação é desejada, esta fase envolve diversos sentimentos como mágoas, ressentimentos, expectativas e liberdade. O divórcio é uma crise não previsível que envolve muita tristeza, já que culturalmente, são os motivos de ordem sentimental que conduzem as pessoas ao casamento. Declarada a separação, a família passa a experimentar a vivência do luto, que se manifesta através da culpa e da revolta. Esta delicada transição é um desafio que requer a condução menos traumática possível (CEZAR-FERREIRA, 2011). Aconselha Warat (2004, p. 22),

nunca reprimamos o sofrimento, liberemo-lo. Se nós perdermos essa oportunidade seremos os únicos responsáveis. O rio está fluindo, porém, se nós não pudermos inclinar-mos para beber, não podemos renunciar às nossas atitudes egoístas, e é provável que continuemos com sede. Não culpemos o rio. Nós estávamos paralisados por nossa mente e nosso ego transbordando. Quando o ego e a mente estão transbordando, nada pode ser feito, a existência inteira está ao nosso redor, paralisando-nos. Quando o coração fica leve, o corpo fica sempre solto, então nós ficamos prontos para dar um salto no desconhecido.

“A separação, especialmente numa família com filhos, não é uma crise tão simples de ser superada. O sofrimento é muito grande para todos e a possibilidade de se chegar a uma solução razoável fica mais distante” leciona Cezar-Ferreira (2011, p. 72). Para tanto, é salutar o emprego de métodos que amenizem o sofrimento e propiciem uma nova conduta frente à crise conjugal. Com esse objetivo

desponta a mediação, uma ferramenta que oferece um espaço para discutir essas questões, visando evitar desgastes futuros.

Sobre este aspecto, importante destacar a relevância da mediação como forma autocompositiva e pacificadora na solução adequada dos conflitos, sobretudo aqueles originados em âmbito familiar, eis que permeados de emoções e sentimentos que transcendem as linhas de atuação e visibilidade de métodos heterocompositivos. No bojo da mediação, o indivíduo pode resgatar a sua individualidade, reassumir sua autonomia e empoderar-se para, em conjunto com os demais integrantes de determinada relação, buscar a solução menos onerosa para ambos, seja em aspectos formais e objetivos, seja em relação às subjetividades e emoções, até porque, as relações familiares são marcadas pela característica da continuidade, sendo de suma importância, portanto, a preservação do respeito mútuo (SILVA; SANTOS; PEIXOTO, 2017, p. 124-125).

Cahali (2012) por sua vez, reforça este entendimento, ao reconhecer a mediação como a melhor indicação para promover a comunicação e administrar os sentimentos negativos. Recomenda o doutrinador, que a mediação familiar que trata das questões satélites do conflito envolvendo os filhos, disponha de uma equipe multidisciplinar. Neste ínterim, argumenta Tartuce (2008) que a interdisciplinaridade é vital para facilitar a compreensão das diversas questões que abarcam o conflito. Para tanto, os profissionais necessitam de acentuada sensibilidade e formação diferenciada em áreas como: direito, psicanálise, psicologia, assistência social. O mediador é um agente facilitador da comunicação, ou seja, um terceiro ativo e atento às peculiaridades da demanda.

O casal poderá por iniciativa própria, optar pelo procedimento consensual ou poderá ser encaminhado por pessoa de confiança. O mediador será um profissional capacitado para auxiliar em tal questão, podendo ser escolhido pelas partes ou indicado pelo órgão estatal (MORAIS; SPENGLER, 2012).

Os litígios envolvem, geralmente, questões de ordem patrimonial. Todavia, tratando-se de conflitos familiares que abrangem casais com filhos as discussões se ampliam, pois, é preciso definir a guarda, a pensão alimentícia, as visitas, etc. Nesta linha, a ferramenta consensual tem por finalidade a responsabilização dos protagonistas, como agentes conscientes de suas necessidades, possibilidades e obrigações. Com isso, o trunfo da mediação é auxiliar as partes na elaboração de um acordo durável (TARTUCE, 2008). O debate acerca da solução mais apropriada deve promover a reflexão no que tange a responsabilidade de cada litigante, não somente no que diz respeito às situações do passado, mas principalmente na interação futura (CAHALI, 2012).

Desta feita, a mediação viabiliza a conscientização do casal acerca do final do relacionamento e a necessidade de construir uma relação harmoniosa, em prol dos filhos, dado que se rompeu o vínculo conjugal e não a parentalidade (MALDONADO, 2009). Esse entendimento é fundamental para evitar que a prole sofra ainda mais com a separação do casal, ao passo que, a má condução do conflito poderá gerar danos físicos e psicológicos. O bem-estar dos filhos neste momento de reorganização familiar depende da maturidade e do equilíbrio emocional dos seus genitores, visto que “os filhos, quanto mais tenra a idade, mais dependem dos pais para desenvolver-se biológica, psíquica e socialmente, de forma adequada” (CEZAR-FERREIRA, 2011, p. 73). Segundo estudo publicado no site Intelligentsia (2017, <www.intelligentsia.net>, grifos no original), a vivência conflituosa no ambiente familiar pode acarretar doenças, inclusive na idade adulta:

o estudo, publicado na revista científica americana “Proceedings of the National Academy of Sciences” (Pnas), foi feito com 201 adultos saudáveis que concordaram em ser colocados em quarentena, expostos a um vírus que causa o resfriado comum e monitorados por cinco dias. Aqueles cujos pais se separaram e não se falaram durante anos eram três vezes mais propensos a adoecer, em comparação com aqueles cujos pais também se separaram, mas que, ao contrário dos outros, permaneceram em contato durante o crescimento das crianças.

Na separação, os filhos ficam confusos e não compreendem que estão separados do conflito conjugal, com isso passam a apresentar transtornos comportamentais e dificuldades no aprendizado, por exemplo, com objetivo inconsciente de distanciar os pais da lide conjugal. A mediação busca clarificar aos genitores a importância da relação respeitosa a fim de minimizar os efeitos negativos da crise. Da prática consensual, sobrevém uma nova roupagem ao conflito, com caráter não-adversarial, que afasta a enraizada ideia de dominação e imposição de vontade (MORAIS; SPENGLER, 2012).

Outrossim, é cediço que o Poder Judiciário se encontra despreparado para receber essas querelas familiares, já que, se concentra na resolução das questões processuais não alcançando as lides sociais e emocionais envolvidas. Do mesmo modo, não possui ambiente adequado, bem como, não dispõe de tempo necessário para desenvolver as sessões. Desta forma, a decisão imposta por terceiro distante do conflito não satisfaz as demandas que necessitam de uma abordagem afetiva, tendo em vista, que a sentença judicial não atende aqueles que buscam além da compensação financeira (DIAS, 2016). Acrescenta Robles (2009, p. 64):

a recuperação da comunicação pela mediação proporciona o estabelecimento de acordos consoantes às necessidades das partes, por meio da ponderação e análise, por elas mesmas, das informações por elas prestadas, diferentemente do que ocorre no processo judicial, no qual há pouca participação efetiva das partes e as informações são, muitas vezes, dominadas por seus patronos.

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.

A mediação é um procedimento baseado no diálogo, ao mesmo tempo, propõe aos mediandos o espaço de escuta, que busca reconhecer o papel de cada um no conflito. Afirma Cezar-Ferreira (2011) que desfazer a unidade familiar quanto instituição jurídica é mais simples do que romper o liame psicoafetivo das relações, pois essa ruptura tende a deixar um rastro de sofrimento.

Oportuna constatação traz Cahali (2012, p. 68):

em algumas situações, tão profícuo é o resultado da mediação quanto ao restabelecimento da comunicação, que a convivência das partes passa a ser sadia o suficiente para dispensar a intervenção jurisdicional, ou até restabelece a relação afetiva.

Desta maneira, a mediação é uma proposta educativa, que transforma a percepção do conflito adotando uma visão positiva como oportunidade de crescimento, medida que possibilita um olhar para o outro com respeito (TARTUCE, 2008).

Dito isto, cabe ressaltar que a mediação é um meio de composição de litígios que objetiva o fortalecimento das relações, diferentemente de outros meios, como a conciliação que tem como centro a solução do problema. Explana Cahali (2012, p. 40) que através da mediação se busca obter o “restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada”.

Diante do exposto, ressalta-se que independentemente do rompimento conjugal, o vínculo paterno-filial perdurará. Razão pela qual a mediação sempre terá pertinência como método consensual de tratamento de conflitos, engajada em alcançar a paz e o respeito entre os ex-consortes (TARTUCE, 2008).

Por fim, cabe esclarecer que a mediação não é um meio substitutivo ao

processo judicial, mas sim, um mecanismo complementar que fomenta o empoderamento das partes e a cooperação na construção de uma resposta consensual e indelével.

5 CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo foi possível verificar que a sociedade, ao longo dos anos, vem experimentando muitas mudanças, o mesmo ocorre no ambiente familiar. Desta forma, o domínio do pater – predominante, nas antigas civilizações – que conferia ao pai o poder de vida e morte sobre os seus subordinados, foi destituído fruto de diversas conquistas sociais.

Este contexto largamente se difere da sociedade moderna que adota outros valores, baseada no afeto, igualdade e cooperação entre os seus membros. O marco significativo destas evoluções ocorreu com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, visto que a Carta Magna reforça a igualdade entre homens e mulheres e reconhece importantes direitos sociais.

O Estado tem a incumbência de regular as condutas sociais, contudo, resta evidente que a legislação em muitas ocasiões não atende aos anseios e necessidades das pessoas. Fato que se observou no vagaroso processo de reconhecimento da existência jurídica, e conseqüentemente, da concessão de direitos dos novos arranjos familiares.

O ambiente familiar é permeado por relações complexas com forte liame emocional, por esta razão, os conflitos são inerentes desta convivência. Constatou-se que o conflito tem caráter tanto negativo como positivo, assim, quando bem administrado poderá encorajar os indivíduos a transformarem a disputa em oportunidade de melhorar suas relações.

Acontece que, os conflitos familiares são por natureza, complexos. Neste contexto, o divórcio se caracteriza como a crise mais severa, já que sua causa-efeito compreende a falta de diálogo, de atenção e de amor. O agravante desta situação se dá na medida em que seus efeitos atingem todo o grupo familiar, inclusive os filhos. Por este motivo, é salutar oferecer atenção e ajuda ao ex-casal, especialmente nesta fase de transição.

Neste diapasão, destaca-se a multidisciplinaridade como tema relevante, visto que operadores de diferentes áreas, como psicologia, psiquiatria, direito, atuam no emprego de meios alternativos e adequados no tratamento destes conflitos.

A mediação é um mecanismo de composição consensual, considerado o mais apropriado para tratar as relações familiares. Culturalmente, está arraigado em nossa sociedade invocar o Poder Judiciário, como primeira opção para dirimir as controvérsias, entretanto, o sistema atual é lento e muitas vezes não dá uma

resposta satisfatória às partes, pois não se dedica a analisar as questões de cunho afetivo envolvido, tratando apenas das disposições processuais.

Importa dizer que, o acordo instituído judicialmente corre o risco de não ser executado, isso porque por meio do processo judicial é conferida ao magistrado a difícil tarefa de solucionar as desavenças decidindo de forma que rompe o vínculo conjugal, mas não satisfaz os interesses dos envolvidos. Da mesma forma que, não há espaço para a esposa reclamar da sogra que intervém na educação dos filhos ou o marido que não tem a oportunidade de dizer que não gosta de animais dentro de casa. Esses são exemplos de algumas situações que geram os desentendimentos, são questões que diretamente não interferem na decisão do divórcio, mas que necessitam ser trabalhadas para que as partes construam uma relação harmoniosa, dado o expressivo interesse de prover o bem-estar dos filhos.

Neste cenário, a controvérsia familiar segue a lógica contenciosa, ou seja, cabe a sentença judicial determinar um vencedor e um perdedor, logo a parte “vencedora” intitula o outro como o culpado pelo fim do relacionamento, pelas notas baixas dos filhos, etc. Esses fatores tendem a acirrar ainda mais o conflito, pois a sentença coloca fim ao processo, sem transformar ou enfrentar a problemática.

Diverso do sistema adotado na esfera judicial, a mediação utiliza o método não-adversarial que torna o tratamento do conflito mais humanizado, tendo em vista que busca possibilitar às partes a compreensão acerca dos seus sentimentos e necessidades, bem como, incentiva o olhar ao outro com respeito.

Para tanto é necessário que tal ferramenta seja desenvolvida através de técnicas e etapas, com demasiado cuidado e sensibilidade. Outra significativa característica da mediação versa sobre a informalidade dos atos, assim, o procedimento mediado ocorre sem ritos pré-definidos, logo, a sessão é conduzida conforme as peculiaridades de cada caso.

Diante de tantas singularidades, observou-se também a figura do mediador como agente facilitador da comunicação. O mediador poderá ser qualquer profissional capacitado, que deverá ter sua atuação embasada na imparcialidade, sigilo, confiança e dedicação. Neste viés, destacou-se a fragilidade do tema referente ao reconhecimento da profissionalização do mediador. Segundo a legislação vigente, a remuneração está definida por tabelas, sendo que o profissional deverá indicar a faixa correspondente a sua atuação. Ocorre que muitos tribunais mantêm o seu quadro de mediadores preenchidos por voluntários ou profissionais que recebem valores irrisórios. Salutar mencionar que o assunto ainda

necessita ser discutido e aprimorado, para que se alcance uma remuneração digna e justa diante da importante função desempenhada por estes profissionais.

Desta feita, a mediação é uma política pública que foi recentemente inserida no ordenamento jurídico. E como tal, serve como instrumento estatal para atender as demandas da coletividade. Além da Resolução 125 do CNJ, este instituto autocompositivo está regulamentado em lei própria nº 13.140 instituída em 2015 e no Código de Processo Civil, alterado em 2016. A legislação processual inovou ao prever os meios alternativos de tratamento de conflito em vários dispositivos. Nestes termos, o legislador determinou que os processos judiciais deverão iniciar com a realização de uma sessão de mediação ou conciliação.

Destaca-se dentre os conflitos familiares mais acirrados, o divórcio. Durante muitos anos, não se admitia o desfazimento do vínculo matrimonial, contudo, a legislação foi lentamente amparando a necessidade de permitir que aquele que se encontrava infeliz no casamento pudesse desvencilhar-se deste elo jurídico. Desta maneira, somente em 1977 a lei do divórcio tornou o casamento dissolúvel. No entanto, a lei não satisfazia integralmente o desejo de liberdade, já que previa condições e prazos para a sua concessão. Foi a Constituição Federal que tornou o procedimento mais acessível, afastando as exigências antes estabelecidas, e principalmente, excluindo a perquirição da culpa. Neste teor, as legislações posteriores surgiram para facilitar ainda mais o procedimento do divórcio, estabelecendo inclusive o procedimento via extrajudicial.

Portanto, diante do aduzido, é salutar a adesão de mecanismo consensual nas lides familiares, em especial nas ações de divórcio, devido ao adequado tratamento dispensado às questões sentimentais. Cabe também mencionar que, a partir do procedimento mediado são desenvolvidas ações para viabilizar a valoração dos sentimentos, o empoderamento das partes através da autonomia, como também, promover a reflexão e a transformação do meio no qual está inserida a controvérsia.

Evidente que a mediação por si só, não é capaz de evitar novos conflitos entre as pessoas, no entanto, sua proposta é afastar a conflitualidade e educar os conflitantes de maneira que se tornem capazes de conduzir seus conflitos e manejar uma relação harmoniosa.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Aguida Arruda. Prática da mediação: ética profissional [2006?]. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/3.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 out. 2017.
- _____. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- _____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- _____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Emenda nº 2 de 08 de março de 2016*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024aba0e71c04c1fc4dbe.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- _____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.
- _____. *Emenda Constitucional n. 66, de julho de 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.
- _____. *Lei 11.340 de 1 de agosto de 2006*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- _____. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.
- _____. *Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Brasília, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.
- _____. *Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Brasília, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.
- _____. *Lei n. 11.411, de 04 de janeiro de 2007*. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso

em: 03 nov. 2017.

_____. *Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Américas S.A./EDAMERIS 1961.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 3. ed. São Paulo: Escala, 2009.

FARKAS, Melanie. O luto de uma separação. In: GROENINGA, G. C.; PEREIRA, R. da C. *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 365-370

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIMENEZ, C. P. C.; SPENGLER, F. M. *O mediador na resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas*. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

INTELLIGENTSIA. *Estudo: divórcio conflituoso de pais prejudica saúde de filhos por décadas*. 2017. Disponível em: <<http://www.intelightsia.net/single-post/2017/06/06/Estudo-div%C3%B3rcio-conflituoso-de-pais-prejudica-sa%C3%BAde-de-filhos-por-d%C3%A9cadadas>>. Acesso em: 09 set. 2017.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família Constituição e Constatação*. [2001?]. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=27>>.

Acesso em: 13 out. 2017.

MALDONADO, Maria Tereza. *As mutações da família contemporânea: novas questões, novos problemas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

MONTEIRO, Isaías. *Comissão do CNJ aprova minuta de resolução sobre pagamento de mediadores*. Agência CNJ de Notícias, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82339-comissao-do-cnj-aprova-minuta-de-resolucao-sobre-pagamento-de-mediadores>>. Acesso em: 27 out. 2017.

MORAIS, J. L. B. de; SPENGLER, F. M. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3. ed. rev. e ampl., 2012.

PARIZATTO, João Roberto. *Ações de família no Novo CPC*. São Paulo: Parizatto, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Separação e rituais de passagem. In: GROENINGA, G. C.; PEREIRA, R. da C. *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 361-364.

ROBLES, Tatiana. *Mediação e direito de família*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2009.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Conflitos familiares: a mediação como instrumento consensual de solução*. [2013?]. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Conflitos-Familiares-%E2%80%93-A-Mediacao-Como-Instrumento.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

SANTOS DIAS, M. da G.; CHAVE JUNIOR, A. Mediação: uma terceira de caráter político-pedagógico. In: SPENGLER, F. M.; BRANDÃO, P. de T. *Os (des)caminhos da Jurisdição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 219-236.

SCHMIDT, João Pedro. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. 2008. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/para_entender_as_politicas_publicas_-_aspectos_conceituais_e_metodologicos.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SILVA, S. E. S. da; SANTOS, D. M. dos; PEIXOTO, R. M. In: SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. (Org.) *Políticas públicas para composição no Código de Processo Civil brasileiro* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 117-135.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. *Mediação: técnicas e estágios* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017a.

_____. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

STRAUSS, L.; GOUGH, K.; SPIRO, M. *A família: origem e evolução*. Porto Alegre:

Villa Martha, 1980.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

_____. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. 2016. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILELLA, João Baptista. As novas relações de família. In: *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. Foz do Iguaçu, Paraná, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.