



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ELIZÂNGELA ABIGAIL SÓCIO RIBEIRO

**MEDIAÇÃO COMO PROCEDIMENTO PARA RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS FAMILIARES DE GUARDA E
CONVIVÊNCIA: DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA**

Londrina
2024

ELIZÂNGELA ABIGAIL SÓCIO RIBEIRO

**MEDIAÇÃO COMO PROCEDIMENTO PARA RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS FAMILIARES DE GUARDA E
CONVIVÊNCIA: DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz

Londrina
2024

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

SÓCIO RIBEIRO, ELIZÂNGELA ABIGAIL

MEDIAÇÃO COMO PROCEDIMENTO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES DE GUARDA E CONVIVÊNCIA E O EFETIVO ACESSO A JUSTIÇA / ELIZÂNGELA ABIGAIL SÓCIO RIBEIRO. - Londrina, 2024.

100 f.

Orientador: ROZANE DA ROSA CACHAPUZ.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2024.

Inclui bibliografia.

1. Mediação; Conflitos; Guarda; Convivência Familiar; Acesso à justiça. - Tese. I. CACHAPUZ, ROZANE DA ROSA. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

ELIZÂNGELA ABIGAIL SÓCIO RIBEIRO

**MEDIAÇÃO COMO PROCEDIMENTO PARA RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS FAMILIARES DE GUARDA E
CONVIVÊNCIA: DO EFETIVO ACESSO A JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Profa. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz
(Orientadora)
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Dra. Marília Pedroso Xavier
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Londrina, 30 de setembro de 2024

AGRADECIMENTOS

Agradeço minha família, especialmente meu esposo Charles, meu maior incentivador deste projeto e de tantos outros, meus filhos, Benjamim e Frederico, que compreenderam a falta da mãe em vários momentos, e meus pais, que me proporcionaram possibilidade de estudos, que me permitiram chegar até aqui.

Agradeço, de forma especial, minha orientadora Dra. Rozane da Rosa Cachapuz, por toda paciência, direcionamento e por compartilhar seus conhecimentos. Certamente, sem ela não teria concluído esta etapa importante da minha vida.

SÓCIO RIBEIRO, Elizângela. **Mediação como Procedimento para Resolução de Conflitos Familiares de Guarda e Convivência e o Efetivo Acesso à Justiça**. 2024. 100 fls. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial (Mestrado) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2024;

RESUMO

As relações humanas, especialmente as familiares, são frequentemente marcadas por conflitos decorrente das diferenças individuais e das particularidades de cada núcleo familiar, intensificando-se quando do término do relacionamento conjugal, especialmente quando envolve filhos. Entre os principais conflitos estão aqueles relacionados à guarda e convivência familiar, que possuem subjetividades devido à complexidade dos sujeitos e da dinâmica familiar, exigindo soluções adequadas que contemplem os interesses das partes envolvidas e que permitam a continuidade desta relação, o que levou a opção pelo tema do presente trabalho. Neste contexto, a presente dissertação tem como o objetivo analisar a mediação, como procedimento para resolução dos conflitos familiares de guarda e convivência destacando-a como garantia de efetivo acesso à justiça, a qual oferece um ambiente colaborativo, posto que incentiva a comunicação e a colaboração entre as partes, contribuindo para a administração da controvérsia de forma harmoniosa e personalizada, realizada pelas próprias partes. Adota-se o método dedutivo e técnicas de pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislativa. Inicialmente, explora-se o instituto da mediação, seus princípios, procedimentos, escolas e legislação brasileira aplicável. Em seguida, avança-se para análise das questões relacionadas a guarda e convivência, diferenciando guarda de poder familiar, tipos de guarda e discorrendo sobre o direito de convivência familiar. Por fim, a dissertação examina a mediação nos conflitos familiares como uma garantia ao efetivo acesso à justiça. Ao final o estudo ressalta que a mediação é um instrumento valioso para resolver conflitos familiares, oferecendo um meio que possibilita atender os interesses de ambas as partes envolvidas. A prática da mediação facilita a resolução pacífica dos conflitos e assim promove o efetivo acesso à justiça.

Palavras-chave: Mediação; Conflitos; Guarda; Convivência Familiar; Acesso à justiça.

PARTNER RIBEIRO, Elizângela. **Mediation as a Procedure for Resolving Family Conflicts of Custody and Coexistence and Effective Access to Justice**. 2024. 100 pp. Dissertation of the Postgraduate Program in Business Law (Master's) – Center for Applied Social Studies, State University of Londrina. Londrina, 2024.

ABSTRACT

Human relationships, especially family ones, are often marked by conflicts arising from individual differences and the particularities of each family nucleus, intensifying when the marital relationship ends, especially when it involves children. Among the main conflicts are those related to custody and family coexistence, which have subjectivities due to the complexity of the subjects and family dynamics, requiring appropriate solutions that consider the interests of the parties involved and that allow the continuity of this relationship, which led to the option for theme of this work. In this context, the present dissertation aims to analyze mediation, as a procedure for resolving family custody and cohabitation conflicts, highlighting it as a guarantee of effective access to justice, which offers a collaborative environment, as it encourages communication and collaboration between the parties, contributing to the management of the controversy in a harmonious and personalized way, carried out by the parties themselves. The deductive method and bibliographical, doctrinal and legislative research techniques are adopted. Initially, the institute of mediation, its principles, procedures, schools and applicable Brazilian legislation are explored. Then, we move on to analyzing issues related to custody and cohabitation, differentiating custody from family power, types of custody and discussing the right to family cohabitation. Finally, the dissertation examines mediation in family conflicts as a guarantee of effective access to justice. In the end, the study highlights that mediation is a valuable instrument for resolving family conflicts, offering a means that makes it possible to meet the interests of both parties involved. The practice of mediation facilitates the peaceful resolution of conflicts and thus promotes effective access to justice.

Key-words: Mediation; Conflicts; Guard; Family living; Access to justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem

CPC – Código de Processo Civil

FONAME – Fórum Nacional de Mediação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO	13
2.1 Mediação Familiar	18
2.2 O papel do mediador	23
2.3 Princípios da Mediação.....	27
2.3.1 Princípio da Independência.....	28
2.3.2 Princípio da Imparcialidade.....	29
2.3.3 Princípio da Autonomia das Partes	31
2.3.4 Princípio da Confidencialidade	32
2.3.5 Princípio da Oralidade.....	34
2.3.6 Princípio da Informalidade	34
2.3.7 Princípio da Busca da Decisão Informada	35
2.3.8 Princípio da Isonomia.....	36
2.3.9 Princípio da Busca do Consenso.....	37
2.3.10 Princípio da Boa Fé	38
2.4 Procedimento da Mediação	40
2.5 Mediação e a Prática Conforme a Escola.....	44
2.5.1 Escola de Havard	44
2.5.2 Escola Transformativa.....	47
2.5.3 Escola Pós Moderna ou Narrativa	49
2.6 Mediação e a Legislação Brasileira	51
3 DA GUARDA E DA CONVIVÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	62
3.1 Do Poder Familiar.....	63
3.2 A Guarda	66
3.3 Guarda Compartilhada.....	68
3.4 Guarda Unilateral.....	74
3.5 Guarda Alternada e Guarda Nidal	75
3.6 Do Direito a Convivência Familiar.....	79
4 MEDIAÇÃO COMO GARANTIA AO ACESSO À JUSTIÇA NOS CONFLITOS FAMILIARES DE GUARDA E CONVIVÊNCIA.....	84

4.1 Papel da Mediação nos Conflitos de Guarda e Convivência	84
4.2 Mediação e Guarda Compartilhada	88
4.3 Mediação para Auxiliar as Regras de Convivência.....	92
4.4 Conceito e evolução de acesso à justiça	95
4.5 Conceito e evolução	96
4.6 A Legislação no Tocante ao Acesso à Justiça.....	99
4.7 Desafios do Acesso à Justiça em Questões Familiares	101
4.7 Mediação nos Casos de Guarda e Convivência e o Efetivo acesso à Justiça	105
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS.....	117

1 INTRODUÇÃO

A humanidade constitui-se de relacionamentos interpessoais, com a família desempenhando um papel primordial no desenvolvimento do indivíduo. As relações familiares são complexas e dinâmicas; têm se transformado significativamente ao longo do tempo. O modelo patriarcal tradicional cedeu espaço a novas configurações familiares, que visam à igualdade e ao bem-estar dos membros.

Entre as mudanças nas relações familiares está a maior divisão de responsabilidades domésticas entre os gêneros, o aumento nas taxas de divórcios e famílias reconstituídas. Esses fenômenos contemporâneos têm gerado novos desafios e conflitos, particularmente em relação às questões de guarda e convivência dos filhos após a dissolução do vínculo conjugal. A complexidade e a dinamicidade dessas situações exigem abordagens adequadas para a resolução destes conflitos, que possam atender efetivamente às necessidades e interesses das partes envolvidas.

Neste contexto, a problemática central desta dissertação é a eficácia da mediação como instrumento para a resolução de conflitos familiares, especialmente aqueles relacionados à guarda e convivência dos filhos. A questão fundamental é se a mediação pode ser considerada um meio adequado para solucionar esses conflitos de forma que garanta o efetivo acesso à justiça e minimize perdas afetivas, emocionais e relacionais para todos os envolvidos.

O objetivo desta dissertação é analisar a mediação como um procedimento adequado para a resolução de conflitos familiares, com ênfase nos casos de guarda e convivência dos filhos após a separação conjugal como garantia do efetivo acesso à justiça.

Para alcançar esse objetivo, será utilizado o método dedutivo, que corresponde à extração discursiva do conhecimento, a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. A técnica utilizada será a pesquisa bibliográfica, através do levantamento de legislação e doutrina, refletindo sobre os materiais encontrados, quanto à sua aplicação, viabilidade e cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes de terem ambos os pais participando de sua criação, cuidados e de garantir a convivência familiar.

Primeiramente, será discutido o conceito de mediação, diferenciando-o de outras formas de resolução de conflitos, como a conciliação. Após será explorado a mediação familiar, o papel do mediador, os princípios, procedimentos, as escolas e a legislação brasileira aplicável a mediação.

Em seguida, serão abordadas as questões relacionadas à guarda e convivência no direito brasileiro, com uma análise das diferentes modalidades de guarda e dos direitos relacionados à convivência familiar.

Na sequência, discorre-se sobre a mediação como garantia ao acesso à justiça nos conflitos de guarda e convivência, onde será tratado do papel da mediação nos referidos conflitos familiares, o conceito, evolução, legislação e desafios do acesso à justiça em questões familiares e a mediação nos casos de guarda e convivência e a efetivação do acesso à justiça.

Por fim, cumpre dizer que a mediação se apresenta como um meio adequado para a resolução de conflitos familiares, proporcionando soluções que respeitam os interesses das partes envolvidas e favorecem a continuidade do projeto parental. Essa abordagem não só facilita o exercício da guarda e do direito de convivência familiar, como também protege o melhor interesse das crianças e adolescentes, evitando litígios prolongados e custosos, garantindo assim, o efetivo acesso à justiça.

2 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

Mediação é um meio consensual de resolução de conflitos, em que as partes envolvidas, em conjunto, auxiliadas por um terceiro imparcial que facilitará o diálogo entre elas, buscam uma solução para a controvérsia existente, que melhor atenda a todos.

Warat (2018, p. 41) entende que mediação é um processo em que as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças, de reconstruir o conflito, com o auxílio de um mediador, que irá ajudar as partes a encontrem os caminhos de resolução, mas sem participar ou influenciar na solução.

Para Tartuce (2024, p. 231), mediar é “facilitar a comunicação entre as pessoas para propiciar que elas possam entender melhor os meandros da situação controvertida e, sendo este o seu desejo, engendrar respostas conjuntas sobre questões relevantes ligadas ao conflito.”

Sendo que, para a mesma autora, mediação como instituto de direito:

Consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. (TARTUCE, 2024, p.175)

Quando se fala que mediação configura um meio consensual, é no sentido de que não há imposição de decisão por uma terceira pessoa, o que inclusive diferencia do poder judiciário, quando exercer o poder de jurisdição, onde o julgador tem autoridade de impor decisões.

Um conflito quando é levado para o judiciário, um terceiro irá julgar e impor uma decisão; já na mediação, as partes, usando da sua autonomia, irão em conjunto chegar a uma solução; as partes constroem uma solução, não há imposição de uma solução.

Pontua-se que na mediação não há a terceirização da decisão do conflito; os próprios envolvidos, que têm conhecimento de todas as particularidades que envolvem a situação posta, irão construir de forma colaborativa a solução mais adequada e satisfatória para todos os envolvidos.

O ordenamento jurídico, através da Lei de Mediação n. 13.140/215, considera mediação um meio de solução de controvérsias entre particulares, de autocomposição

de conflitos, uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.¹(BRASIL, 2015)

A mediação é uma prática antiga, sendo usada pelos povos romanos e Chineses há séculos, mas foi nos Estados Unidos que ela se desenvolveu, especialmente na década de 70, passando a ser mais usada e divulgada.

Nesta esteira, sobre a mediação nos Estados Unidos, cita-se Rozane da Rosa Cachapuz (2003, p. 24):

A mediação se desenvolveu especialmente nos Estados Unidos a partir do início da década de 70, onde os casos de divórcio, antes de irem parar na justiça, precisam passar pela mediação em busca de soluções, na tentativa de salvar a família.

Outro ponto importante da mediação é que ela não tem como objetivo o acordo, mas sim a restauração do diálogo entre as partes, para que trabalhem conjuntamente na busca de uma solução, com o auxílio do mediador.

O sucesso da mediação não resulta apenas do acordo final, mas de como ela age nos sentimentos das pessoas, permitindo as partes desenvolverem maturidade, e conseqüentemente algo justo, sem pensar em vinganças, ódios e ressentimentos. Busca a mediação, mudanças na forma de enfrentar o conflito, sem se preocupar com resposta imediata, prazos, buscando as verdadeiras causas que possam permitir alcançar as expectativas de todos os envolvidos. (CACHAPUZ, 2003, p. 30)

Neste aspecto, em que a mediação não visa ao acordo, fundamental distinguir a conciliação da mediação, posto que há muitas vezes confusão desses dois métodos consensuais de resolução de conflitos, principalmente considerando a forma que são citados na legislação.

O artigo 334 do Código de Processo Civil² estabelece que, preenchendo a petição inicial os requisitos essenciais, o juiz designará audiência de conciliação ou

¹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

² Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

de mediação. Já o artigo 695³, que cuida das ações de família, determina que recebida a petição inicial, não sendo o caso de tutela provisória o juiz ordenará o comparecimento do réu a audiência de mediação e conciliação.

Ou seja, a forma que a mediação e conciliação são citadas na legislação, permitem muitas vezes que a parte, envolvida em uma lide familiar, compareça a uma audiência sem saber exatamente se irá participar de uma audiência de conciliação ou mediação, se o seu conflito será mediado ou haverá uma tentativa de conciliação, sendo importante diferenciar os dois meios de resolução de conflitos.

A conciliação é um meio de autocomposição, ou seja, o resultado da solução do conflito depende da vontade das partes, sendo que há a intervenção de conciliador para facilitar a solução, ou seja, um terceiro participará conduzindo, sugerindo soluções para as partes, até que elas cheguem a uma solução para o conflito.

Na conciliação, há intervenção de um terceiro imparcial que facilita a composição das partes, podendo fazer interferências e sugestões com objetivo de demonstrar vantagens de uma composição. Duas características fundamentais da conciliação são a apresentação de proposta e a finalidade de se obter o acordo. Ela pode ser extrajudicial e judicial, havendo previsão de audiência para essa finalidade no Código de Processo Civil. (BERALDO, 2016, p.148)

Mediação, por sua vez, é um método autocompositivo, em que as partes são protagonistas na busca da solução do conflito; tem-se uma terceira, o mediador auxiliando as partes, mas este não sugere, não apresenta proposta; sua função é intermediar e restaurar o diálogo entre as partes, levando-as e criarem uma solução para a controvérsia, que atenda os interesses dos envolvidos.

Barbosa (2012, p. 14), ao falar sobre mediação e conciliação, assim ensina:

A mediação é um instrumento capaz de compreender o movimento que deu origem ao conflito, e sua abrangência ultrapassa os limites de eventual acordo, que possa vir a ser celebrado entre os litigantes, porque seu tempo é o futuro. Trata-se, portanto, de uma abordagem muito mais ampla que a conciliação, que se limita à celebração de um acordo que possa pôr fim à demanda.

³ Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694

Preciosa é a contribuição de Warat, sobre a diferença de conciliação e mediação. Deixa claro que, inicialmente, os métodos podem se parecer, mas há diferenças importantes.

A conciliação e a transação podem, num primeiro momento, parecerem-se com a mediação, mas diferenças são gritantes. A conciliação e transação não trabalham o conflito vincular, ignorando-o; portanto não o transformam, como faz a mediação. O conciliador exerce função de “negociador do litígio”, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é um termo de cedência, de um litigante ao outro, de parte do litígio, encerrando-o. Mas, o conflito de relacionamento, na melhor das hipóteses permanece inalterado, já que a tendência é a de agravar-se, devido a uma conciliação que não expressa o encontro das partes com elas mesmas. A mediação seria uma proposta transformadora do conflito, porque não busca a solução por um terceiro, mas sim a solução pelas próprias partes, que recebem o auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, primeiramente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como um conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa. (WARAT, 2023, p.54)

Importante se faz realçar que, quando se pontua a diferença dos meios resolução, conciliação e mediação, não é para dizer qual é o melhor, mas sim para demonstrar que há diferenças e que para cada conflito deve-se analisar qual o que melhor se adequa, tendo-se em mente as diferenças existentes entre eles.

A conciliação, desde que bem conduzida, tem grande praticidade e oportuniza soluções rápidas para disputas entre pessoas que não têm vínculos continuados de convivência. Já para disputas familiares, em que as pessoas envolvidas têm relações continuadas, a mediação se apresenta como meio mais adequado, posto que visa à restauração do diálogo, possibilitando a continuidade da relação e a efetiva pacificação, facilitando o cumprimento e evitando novas controvérsias.

Em consonância com acatado, cita-se o artigo 165⁴ § 2º e 3º do CPC, que sinaliza que conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver

⁴ 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. [...]

§ 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

vínculo anterior entre as partes, e o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes.

Tartuce ressalta que há pontos comuns entre a mediação e a conciliação, mas que há diferença, principalmente no que tange à elaboração de soluções, posto que o mediador não deve fazer sugestões de propostas para solução.

Cita como pontos comuns: 1. A participação de um terceiro imparcial; 2. A promoção da comunicação entre os envolvidos; 3. A não imposição de resultados; 4. O estímulo à busca de saídas pelos envolvidos; 5. O exercício da autonomia privada na elaboração de opções para os impasses. (TARTUCE, 2024, p. 178)

Em resumo, conciliação e mediação são métodos de resolução consensual de conflitos que envolvem a participação ativa das partes na busca de uma solução. No entanto, há diferenças significativas entre eles.

Na conciliação, o conciliador exerce uma intervenção direta, apresentando propostas e orientando as partes para um possível acordo, com o objetivo central de alcançar um acordo. Em contraste, na mediação, o mediador não oferece propostas ou soluções, nem busca um consenso imediato. O foco principal da mediação é restaurar o diálogo entre as partes, permitindo que elas, por meio de comunicação efetiva, cheguem a um acordo e promovam a pacificação, facilitando a continuidade da relação existente.

A mediação é uma ferramenta importante que permite as partes analisar o impasse que estão enfrentando, deixando de lado sentimentos que podem influenciar na solução, possibilitando a transformação do conflito, permitindo decisões que possibilitam as pessoas a darem continuidade na relação interpessoal existente entre os envolvidos.

Perlustrando as ideias de Warat, no que tange à transformação de conflitos, cabe dizer que, na mediação, deve-se introduzir uma teoria do conflito mais psicológica do que jurídica. Quando o jurista fala em conflito o define já pensando em litígio, em algo a ser combatido, nunca como satisfação. Sendo que a mediação, baseada em pressupostos psicológicos, não vê o conflito como algo prejudicial, como algo ruim, mas sim algo com potencial construtivo. O conflito é entendido como algo

que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

que pode produzir diferença para produção de algo novo, uma inclusão do outro na produção do novo. (WARAT, 2023, p. 56)

Portanto, a mediação é um método não adversarial de resolução de conflitos que minimiza os desgastes emocionais. Ao contrário de abordagens confrontativas, em que as partes se enfrentam e fazem acusações mútuas, a mediação incentiva a colaboração. As partes trabalham juntas para identificar os interesses de cada um, colocando-se no lugar do outro e buscando, com o auxílio de um mediador, uma solução que seja satisfatória para todos os envolvidos por meio de uma comunicação eficaz.

2.1 MEDIAÇÃO FAMILIAR

Neste tópico, abordaremos a mediação familiar, um método consensual de resolução de conflitos que visa restaurar a comunicação entre os membros da família; tem como um dos objetivos ajudar as partes a refletirem sobre o conflito e a redimensioná-lo, possibilitando a criação de uma solução conjunta que possibilite a continuidade das relações familiares.

Os conflitos familiares são complexos e carregados de muita subjetividade; muitos sentimentos envolvidos, dores por perdas, sentimentos não correspondidos, questões que dificultam ou acabam com o diálogo entre os envolvidos, fomentando as disputas nos processos que acabam no judiciário. A terceirização da decisão para um terceiro, o juiz, na maioria das vezes, não traz satisfação para partes, dificultando o cumprimento. “Neste sentido, são cada vez comuns afirmações de que a sentença judicial dá fim ao processo, mas não ao conflito.” (BRAGA NETO, 2018, p. 23).

Assim, a mediação familiar busca restaurar o diálogo e levar as partes a encontrarem uma solução adequada e satisfatória; a mediação exclui a máxima do “perde ganha”, ao atender os interesses dos envolvidos e buscar solução de fácil cumprimento. Trata-se, pois, de um método que pode cooperar para o fim e pacificação do conflito instaurado no bojo familiar.

Neste sentido, tem se posicionado a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL - REVISÃO DE ALIMENTOS - HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO MEDIADO POR NÚCLEO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA - ATUAÇÃO IMPARCIAL - VONTADE LIVRE E CONSCIENTE - INTERESSES RESGUARDADOS. 1. O representante legal do alimentando conhece a

dinâmica do núcleo familiar e as necessidades da prole. 2. Prestigia-se o acordo realizado para a solução de questões inerentes ao direito de família, notadamente quando demonstrada a propensão ao diálogo e à cooperação. 3. Diante da falta de indícios de que os interesses do alimentando estão sendo negligenciados, o acordo referente ao valor da pensão deve ser homologado. (TJ-MG - AC: 50074746220228130313, Relator: Des.(a) Ivone Campos Guillarducci Cerqueira (JD Convocado), Data de Julgamento: 18/09/2023, 4ª. Câmara Justiça - Especial, Data de Publicação: 26/09/2023)

Conforme ensinamentos de Beraldo (2016, p. 152), nos processos de família o conflito vem abarcado de carga emocional, e “o processo judicial não lida com questões emocionais do conflito, mas visa apenas decidir a demanda, num paradigma de “ganhar ou perder”, o que acaba até acirrando a disputa.”

A beligerância que surge com a propositura de um processo judicial, que tem relação com uma controvérsia familiar, pode agravar a litigiosidade entre as partes, acabando com a pouca comunicação que ainda existia. Isto porque, durante o processo, as partes são levadas a expor fatos e a produzirem provas, que na maioria das vezes fomentam a tensão emocional, dificultando cada vez a possibilidade de resolução do conflito.

Para Cruz (2018, p. 11), “o conflito familiar particulariza-se em relação a outros, uma vez que decorre entre pessoas que têm entre si um vínculo forte.” Tem o conflito familiar um componente importante, que é a busca da reestruturação do relacionamento, portanto, a mediação torna-se um meio adequado de resolução dos dissídios decorrentes de relações familiares.

Vale dizer, que a mediação no contexto familiar, oferece através do seu procedimento interativo, a conscientização das responsabilidades e dos papéis que cabem a cada um dos integrantes da família, tendo eles um terceiro que irá estimular o resgate do diálogo, possibilitando pensar em alternativas para solução da controvérsia presente assumindo compromissos para o futuro.

A mediação familiar para Cruz (2018, p. 11-12), se propõe a atingir uma solução consensual, construída a partir do trabalho e esforço comum das partes em conflito. O objetivo é que a comunicação seja restaurada e que o diálogo ocorra, buscando entendimento presente e futuro para se evitar descumprimentos vindouros. Quando as partes chegam através de seus empenhos a uma solução é natural que se sintam mais vinculadas a ela.

Ao falar sobre esse ponto, Adolfo Braga Neto (2018, p. 27) explica que:

A mediação familiar é uma das mais eficientes respostas a questões familiares como um todo pela via do diálogo diferenciado vocacionado para o futuro daquelas pessoas que, ao se sentirem satisfeitas com suas decisões, cumprirão espontaneamente eventuais compromissos assumidos em mediação. Atinge-se com isso a pacificação de seus membros, que com a mediação acabam aprendendo a gerir, transformar ou resolver seus próprios conflitos pela via do diálogo voluntário, com confidencialidade, que leva à reflexão sobre suas perspectivas pessoais futuras.

Tendo em vista a complexidade humana que envolvem os conflitos familiares, a mediação familiar é a que mais cresce dentro dos países que a utilizam como meio de solução de conflito.

A mediação no contexto familiar é uma das diversas áreas em que a atividade vem se desenvolvendo de forma rápida e dinâmica. O emprego de maneira ética, com aplicação de regras baseadas no respeito à individualidade humana, promove cada vez mais a sua difusão e ambientes privados e públicos em especial no processo judicial, tanto no Brasil como no exterior. (BRAGA NETO, 2018, p. 26)

No que diz respeito ao objeto da mediação, é importante destacar que, de acordo com a lei, a mediação pode abordar tanto direitos disponíveis quanto indisponíveis que admitam transação. Embora muitos conflitos familiares envolvam direitos indisponíveis, como aqueles relacionados a menores de idade, paternidade e pensão alimentícia, a mediação ainda é aplicável. Ela pode ser utilizada para resolver questões práticas sobre como esses direitos serão exercidos, como o valor da pensão alimentícia, a data de pagamento e a organização da guarda e da convivência entre pais e filhos.

Os tribunais brasileiros têm se posicionado neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. DIREITO DE FAMÍLIA. CEJUSC. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. 1) É admissível a realização de mediação relativa a matérias de direito de família, com base nos artigos 8º, § 1º e 10 da Resolução n. 125/2010 do CNJ e art. 3º da Lei 13.140/2015. 2) O art. 10 da Lei n. 13.140/15, ao tratar da sessão de audiência de conciliação e mediação, não exige que as partes estejam assistidas por advogados ou defensores públicos, trazendo apenas uma faculdade, de modo que a ausência da assistência dos interessados/acordantes por advogado não macula o acordo. 3) Não há razões a justificar a pretendida desconstituição da sentença para fins de realização de outra audiência com a presença e assistência de advogado. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. (TJ-GO – Apelação n. 2199225120168090072, Relator: DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, Data de Julgamento: 20/05/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 20/05/2019)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - TRANSAÇÃO CELEBRADA ENVOLVENDO AÇÃO REVISIONAL EM CURSO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À MENOR - HOMOLOGAÇÃO 1. De acordo com o Novo Código de Processo Civil, admite-se que a autocomposição verse sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (art. 515, § 2º), não havendo óbice à celebração de acordo que visa a pôr fim, simultaneamente, à ação de execução de alimentos e à ação revisional. 2. Não se verificando prejuízo à menor, deve ser respeitada a livre e irrestrita manifestação das partes, quando em acordo convencionaram a respeito da dívida alimentícia e da revisão dos alimentos, atendendo ao princípio da intervenção mínima do Estado, privilegiando o princípio da liberdade e o respeito à autonomia da vontade, notadamente no âmbito de ações de família. 3. Recurso provido. (TJ-MG - AI: 10000191606565005 MG, Relator: Áurea Brasil, Data de Julgamento: 27/01/2022, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/01/2022)

Sendo que, nestes casos que envolvem menores, é obrigatória a participação do Ministério Público, e se faz necessária a homologação judicial do acordo que vier a ser firmado através da mediação.

Para Rozane da Rosa Cachapuz (2011, p. 40), o “objeto fundamental da mediação é o comportamento humano, pois a sua finalidade é a resolução dos conflitos relativos à interação do ser na sociedade.” Podendo ser objeto da mediação “todo e qualquer negócio jurídico no qual não incidam sanções penais e não atente contra moral e os bons costumes.”

Conrado Paulino da Rosa (2019, p. 317) ao falar sobre a mediação familiar e a importância dos profissionais que atuam nos conflitos familistas:

Os profissionais que atuam nos conflitos familistas são uma espécie de “cardiologistas da alma”, ressignificando frustrações, projeções e mágoas – até outrora utilizadas como “munição” nas batalhas jurídicas – em mudanças firmes, perenes para que os machucados possam ser sarados e, não mais, eternizados.

Stella Breitman e Alice Costa Porto (2001, p. 217) trazem uma importante contribuição ao discorrer sobre as decisões tomadas dentro do procedimento da mediação familiar:

As decisões dentro do processo de mediação têm que ser úteis e buscar o bem comum. Há uma reciprocidade no sentido ético: trocas e concessões. Casais que um dia atuaram colaborativamente para construir, em outro momento retomam o consenso para saber dividir. A tarefa é árdua e difícil, mas nunca impossível. Bem sabemos que as pessoas sustentam e cuidam das coisas que criam: a autoria é o ganho maior da mediação. Nosso empenho é no sentido de encaminhar, auxiliar a criação do consenso entre pares litigantes, única forma de alcançar o bem maior e a saudabilidade nas

situações de separação ou divórcio, por exemplo, minimizando o desgaste e o sofrimento.

É oportuno trazer que, em Portugal, a mediação familiar também tem sido cada vez mais usada, uma vez que, face às características emocionais dos conflitos familiares, a mediação se torna mais adequada que o judiciário, sendo que ela se propõe a atingir uma solução consensual construída em conjunto pelas partes, mediante a restauração do diálogo. Neste sentido, Rosana Martingo Cruz (2018, p. 11) afirma que:

A abordagem do conflito numa perspectiva construtiva é particularmente importante quando estão em causa questões sensíveis que merecem um tratamento diferenciado. O conflito familiar particulariza-se em relação a outros, uma vez que decorre entre pessoas que têm entre si um vínculo forte. Há uma componente de reestruturação do relacionamento que torna a mediação o mecanismo alternativo de conflitos adequado aos dissídios decorrentes de relações tendencialmente duradouras, como os diferendos familiares.

Registre-se ainda, em termos de legislação estrangeira, que na Inglaterra, a mediação é considerada um meio adequado para a resolução de disputas familiares e, por isso, é obrigatória nesses casos. Antes de ajuizar uma ação judicial, as partes devem comparecer a um centro de mediação, sendo necessário apresentar o certificado de comparecimento assinado pelo mediador para iniciar o processo. No entanto, há exceção para casos de abuso doméstico, pois o sistema jurídico inglês entende que, nesses casos, a proteção proporcionada pela ação judicial é necessária devido à falta de equilíbrio de poder nas relações, o que compromete a possibilidade de decisões compartilhadas e honestas. (SPALDING, 2024, p. 89)

Como também é obrigatória na França, atualmente qualquer pessoa que pretenda alterar uma decisão do tribunal de família ou uma disposição de uma convenção homologada pelo tribunal, precisa antes de ingressar com um pedido junto ao tribunal, fazer uma tentativa de mediação. Sendo que há exceção a esta regra de obrigatoriedade nos casos que envolvam violência doméstica, quando haja pedido de homologação de acordo entre as partes e por outra razão o tribunal considere legítima o ingresso direto.

Ainda no tocante à mediação familiar, cumpre observar que ela não se confunde com terapia. O mediador não é um terapeuta e não há, na mediação, um diagnóstico, seguindo de um tratamento:

Não há uma análise sobre o conflito intrapsíquico, mas, sim, sobre a interação existente na relação dos integrantes da família, suas funções e papéis. Não há o desenvolvimento de hipóteses para explicar o funcionamento da família, que ocorre naturalmente em terapia, mas, sim, o auxílio do mediador no diálogo desenvolvido e protagonizado pelos participantes. Na mediação há um término com a construção das soluções, e em terapia há um finalizar pela evolução do paciente. Terapia é um processo, normalmente mais longo que a mediação. No entanto, o resultado de uma mediação familiar envolvendo dois ou mais familiares, na maioria das vezes, tem um cunho terapêutico, não somente em função do aprendizado que será mencionado mais adiante, mas, sobretudo, pela perspectiva e percepção pessoal que normalmente os participantes alcançam. (BRAGA, 2018, p. 26)

A mediação familiar é um meio alternativo de resolução de conflito, que busca soluções satisfatória para ambas as partes, criando um ambiente cooperativo, para que as partes envolvidas, auxiliadas por um mediador e a através do diálogo, criem não só a solução para o litígio posto, mas também um ambiente favorável para o desenvolvimento da relação dali para frente, pacificando efetivamente a conflito, facilitando o cumprimento e evitando novas demandas familiares.

Diante dessas considerações, cumpre dizer que a mediação familiar é uma contribuição para uma justiça mais humanizada, pois ela busca transformar o conflito em algo positivo, através do cuidado com as partes envolvidas. Facilita e restaura o diálogo entre as partes, permitindo que as partes sejam protagonistas da decisão por participarem efetivamente da construção da solução do conflito, alcançando, assim, soluções mais adequadas e efetivas.

2.2 O PAPEL DO MEDIADOR

O mediador é o terceiro facilitador essencial na mediação, com a importante função de restabelecer o diálogo entre as partes, permitindo que elas, com base em sua autonomia, alcancem um consenso.

Luis Alberto Warat, (2018, p. 20-21) ao falar do mediador, diz que é uma figura imparcial sem poder de decisão, ele não decide apenas ajuda na reconstrução, na transformação do conflito. “O mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida.”

A função do mediador vai além de restaurar o diálogo e estimular a reflexão sobre a controvérsia; ele também deve cuidar das partes envolvidas. É essencial que o mediador pratique escuta ativa, demonstre empatia, e tenha a habilidade de resumir e organizar ideias de maneira clara. Deve possuir paciência e conduzir as partes a se

colocarem no lugar do outro e a pensarem como podem colaborar para construir uma solução que atenda aos interesses de todos. O mediador ajuda a superar o passado e a focar no futuro.

Importante atentar que o papel do mediador não se confunde com o do juiz ou advogado. Portanto, a ascensão dos métodos autocompositivos não representa o enfraquecimento da função jurisdicional ou do exercício da advocacia, que continuam sendo importantes dentro da perspectiva colaborativa. (OHLWEILER e LAGO, 2014, p. 62)

Para Denise Maria Perissine da Silva (2018, p. 66), o mediador não é um juiz, que toma decisões; nem um advogado, que orienta; nem um terapeuta, que trata. Sua função é promover a aproximação entre as partes, fomentar a flexibilidade e a criatividade dos mediandos e facilitar o diálogo para alcançar um acordo.

Cumprir observar que o mediador no desempenho da sua função, poderá reunir-se com as partes em conjunto ou separadamente, bem como solicitar informações que entender necessárias para ajudar na restauração da comunicação⁵, mas deve ter cuidado, ao se reunir individualmente com as partes, para não dar a impressão que está favorecendo uma das partes, sob pena de macular seu dever de imparcialidade.

O mediador deve pautar sua conduta nos princípios éticos da imparcialidade, independência, competência, descrição e diligência. Exige-se dele conhecimento sobre o processo de mediação e sua intervenção deve ser no sentido de pacificar os conflitantes, o que se obtém a partir de um treinamento específico, acompanhado de um aperfeiçoar-se constante. (BRAGA, 2019, p. 160)

Para Rozane da Rosa Cachapuz (2003, p. 67), o mediador tem várias tarefas essenciais para alcançar os objetivos da mediação, incluindo: melhorar o diálogo entre as partes, identificar pontos de concordância e discordância, buscar alternativas para a solução do conflito, restaurar a identidade das partes, promover a autonomia, indicar caminhos para um relacionamento futuro e apoiar a negociação. Para que essas tarefas sejam realizadas de forma eficaz, é fundamental que o mediador desenvolva a confiança entre as partes, uma vez que ele não possui poder de coação.

⁵ Art. 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

Na prática da mediação, não se exige apenas conhecimento técnico das ferramentas e procedimentos, mas também que o mediador vá além do domínio dessas técnicas. É crucial que o mediador desenvolva autoconhecimento para distinguir suas próprias emoções e preconceitos das questões dos mediandos. Além disso, deve ter a sensibilidade para separar as pessoas do conflito, reconhecendo que elas são mais do que a situação que enfrentam, e evitar fazer julgamentos.

Vale ressaltar que, em casos que envolvem questões familiares, o mediador lida com pessoas com vínculos muito íntimos. Portanto, é essencial que ele trabalhe com habilidade para entender e gerenciar o relacionamento entre as partes, pois a falta de comunicação eficaz muitas vezes é o que desencadeou o conflito. A mediação familiar é uma tarefa desafiadora, que exige preparo, paciência, seriedade, confiabilidade, criatividade e bom humor para enfrentar essas situações.

Ao falar sobre a função do mediador familiar, Ana Valéria Silva Gonçalves (2024, p. 26) ressalta que:

Em mediação familiar percebemos que os mediandos, comumente, apresentam comunicação improdutiva, o que leva à falência da interação entre eles, à incapacidade de negociação e à escalada do conflito. A função dos mediadores é reenquadrar essa comunicação e ajudar os mediandos a fazê-lo.

O mediador será aquele que intermediará as partes, na gestão do conflito, buscando reconexão entre elas em um ambiente colaborativo; ele auxiliará tecnicamente os envolvidos para que seja alcançado o objetivo de transformação das relações existentes ou um acordo que seja satisfatório. (MARADIN, 2019, p. 448).

Na perspectiva de quem pode atuar como mediador, a Lei de Mediação (13.140/2015), no seu artigo 9º.⁶, que trata do mediador privado, diz que poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, não exigindo uma formação específica, participação em órgão de classe ou conselho.

⁶ Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Já o artigo 11⁷ da referida Lei, que trata dos mediadores judiciais, a regra é mais rigorosa: estabelece a necessidade de formação em graduação há pelo menos dois anos em curso reconhecido pelo Ministério da Educação e capacitação específica e qualificada em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais.

Ou seja, para ser mediador judicialmente se faz necessária uma capacitação específica, sem determinar uma área específica do saber. Nesse sentido, o mediador pode ser formado em direito, psicologia ou outra área. O importante é ter habilidade em possibilitar a comunicação entre as partes, posto que a mediação é um processo dialógico.

No tocante ao mediador judicial, há princípios fundamentais que regem a sua atuação, trazidos pela Resolução 125/2010 do CNJ, em seu anexo III⁸, que estabelece o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

A não observância destes princípios pode levar à nulidade de eventual acordo realizado, como no caso trazido abaixo, julgado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO OBTIDO EM PROCEDIMENTO PRÉ-PROCESSUAL DE MEDIAÇÃO FAMILIAR POR CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA - CEJUSC. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO FISCAL DA LEI. VERIFICAÇÃO DE OMISSÕES NO AJUSTE, EM PREJUÍZO AOS INTERESSES DA FILHA MENOR. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. CABIMENTO. 1. O Ministério Público, como fiscal da lei, tem legitimidade para recorrer de sentença homologatória de acordo obtido em procedimento pré-processual de mediação em CEJUSC. 2. Embora cabível a mediação em procedimento pré-processual atinente a Direito de Família (no caso, guarda, pensão alimentícia e visitas à filha menor), com base nos arts. 8º, § 1º, e 10 da Resolução nº 125/2010 do CNJ e no art. 4º da Resolução 1.026/2014 do COMAG, é princípio fundamental a reger a atuação de mediadores judiciais o respeito às leis em vigor, segundo previsão do art. 1º, VI, do Anexo III da Res. nº 125 do CNJ. 3. Tendo em vista a necessidade de preenchimento de lacunas existentes no ajuste formalizado pelas partes na sessão de mediação familiar, em relação a disposições respeitantes aos direitos indisponíveis da

⁷ Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

⁸ Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

filha menor, a desconstituição da sentença homologatória é medida que se impõe. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70070575022, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 09/08/2016). (TJ-RS - AC: 70070575022 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 09/08/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/08/2016)

Analice de Souza Arruda Vinhal de Carvalho (2024, p. 50-51) afirma que, no exercício de suas funções, o mediador tem responsabilidades, direitos e deveres, que podem variar de acordo com diferentes códigos de conduta⁹, cujo objetivo é assegurar que o processo de mediação seja conduzido de forma adequada, contribuindo para construção de um ambiente favorável à gestão de conflitos de forma colaborativa e satisfatória para todos os envolvidos.

Conclui-se que o papel do mediador é apoiar as partes envolvidas e facilitar a comunicação, esclarecer posições divergentes e identificar interesses comuns, com o objetivo de alcançar um resultado justo e equilibrado para todos, sem exercer poder de decisão. É fundamental que o mediador acolha as partes e construa confiança, pois isso é essencial para o sucesso da mediação. Além disso, o mediador deve estar atento às regras e princípios do procedimento para garantir qualidade, validade e efetividade ao procedimento e a eventual acordo realizado.

2.3 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

A mediação, como meio consensual de resolução de conflitos, tem princípios importantes: diretrizes que precisam ser observadas e cumpridas, para que o procedimento seja realizado de forma adequada e alcance seus objetivos.

Sobre a importância da observância dos princípios da mediação, assim coloca Fernanda Tartuce (2024, p. 188):

A observância dos princípios da mediação é crucial para que seja prática seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas em crise. Jurisdicionados e advogados brasileiros padeceram de muitas mazelas ao longo dos anos por conta de práticas enviesadas que, apesar de denominadas conciliatórias, não respeitavam princípios nem técnicas, revelando uma perversa busca de extinção de processos judiciais a qualquer custo.

⁹ Diversas organizações e instituições de mediação adotam códigos de condutas que estabelecem os princípios éticos e as responsabilidades dos mediadores. Um exemplo é o código de conduta do *European Mediation Training for Paractitioners of Justice*, que define diretrizes para a atuação dos mediadores na Europa, promovendo a imparcialidade, a independência e a confidencialidade como valores fundamentais. (CARVALHO, 2024, p. 51)

Face à importância dos princípios para mediação, o ordenamento jurídico brasileiro, no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação (13.140/2015), positivou os princípios que a mediação deve ser orientada.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 166¹⁰, estabelece os seguintes princípios, que devem ser regentes da mediação em juízo: independência, imparcialidade, autonomia das partes, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. (BRASIL, 2015)

E a Lei 13.140/2015, no seu artigo 2^o¹¹, destaca os seguintes princípios que devem orientar a mediação: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé.

Para José Miguel Garcia Medina (2016, p. 297), os princípios trazidos pelo Código de Processo Civil, “ora encerram verdadeiros deveres do conciliador e do mediador (por exemplo, de atuar com imparcialidade), ora garantias (independência), ora objetivos a serem alcançados, através do procedimento.”

Passa-se a analisar cada um dos princípios da mediação estabelecidos pelo ordenamento jurídico, que são essenciais para garantir a integridade da prática. Esses princípios servem como orientação para todos os envolvidos, assegurando que o procedimento seja conduzido de maneira imparcial e respeitosa.

2.3.1 Princípio da Independência

O princípio da independência garante aos mediadores e conciliadores uma atuação com autonomia e liberdade, sem subordinação nem influência de qualquer ordem.

O Código de Ética de Mediadores e Conciliadores Judiciais, contido no Anexo III da Resolução nº 125/2010 do CNJ, ao falar deste princípio, o associa com autonomia, enfatizando que o mediador deve atuar com liberdade, sem sofrer

¹⁰ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

¹¹ Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

pressões internas ou externas. O mediador tem o direito de recusar, suspender ou interromper a sessão se as condições para um bom desenvolvimento não estiverem presentes e não é obrigado a redigir acordos que sejam ilegais ou inexecutáveis.

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2018, p. 86) diz que o princípio da independência garante uma importante característica ao mediador, “o mediador fica imbuído de prerrogativas que possibilitam agir conforme a sua consciência, sempre, claro, com respeito às leis vigentes e à conduta ética.”

Portanto, esse princípio assegura que o mediador atue com liberdade, podendo conduzir a mediação com base em seus conhecimentos. Contudo, o mediador deve estar atento aos seus deveres e responsabilidades, agindo com ética e em conformidade com o ordenamento jurídico

2.3.2 Princípio da Imparcialidade

O princípio da imparcialidade é fundamental para a mediação, pois assegura a equidistância e a ausência de comprometimento em relação às partes envolvidas no conflito. Ele garante a validade da atuação do mediador, que deve atuar sem favoritismo, mantendo uma postura neutra e justa durante todo o procedimento.

O mediador, para atuar no procedimento, não pode ter nenhum envolvimento anterior com as partes, seja na mediação extrajudicial ou judicial; ele deve ser totalmente estranho aos fatos que estão envolvidos na mediação, não pode ter tido qualquer envolvimento ou relação com as partes, para que seja garantido sua independência.

Neste sentido, cabe destacar o artigo 5^o¹² da Lei de Mediação (13.140/2015), que determina a aplicação das mesmas regras de impedimento e suspeição aplicadas aos juízes, as quais estão previstas nos artigos 144¹³ e 145¹⁴ do CPC.

Constadas situações de impedimento e suspeição, que tiram parcialidade, o artigo 170¹⁵ do CPC estabelece como deve o mediador agir, o qual não poderá atuar ou continuar atuando no processo, se as situações foram constadas durante o procedimento de mediação.

Este princípio garante que se atue de forma a garantir que ambas as partes tenham oportunidades iguais de falar, de se expressar, de expor seus interesses, com o dever de garantir uma correta comunicação entre as partes.

O mediador, na posição de facilitador do diálogo, deve construir um ambiente harmonioso, mas sem comprometer a sua imparcialidade, deve agir com igualdade ao tratar ambas as partes, evitando formar alianças ou pender para proposta ou interesse de uma das partes.

O princípio da imparcialidade também está previsto na legislação portuguesa, na Lei 29/2013, que cuida da Mediação no país, em seu artigo 6^o¹⁶, que consagrou o

¹² Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

¹³ Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - Quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

¹⁴ Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

¹⁵ Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

¹⁶ Artigo 6.º Princípio da igualdade e da imparcialidade:

referido princípio, fazendo constar que as partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação, cabendo ao mediador gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a participação de ambas. (CRUZ, 2019, p. 58).

O princípio da imparcialidade garante o dever de agir do mediador sem tomar partido, com ausência de favoritismo, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram na condução da mediação.

2.3.3 Princípio da Autonomia das Partes

Quanto ao princípio da autonomia das partes, previsto tanto no Código de Processo Civil como na Lei de Mediação, cumpre dizer que é o princípio que garante aos participantes a possibilidade de participarem livremente do procedimento da mediação, ou seja, garante liberdade às partes de escolherem participar ou não da mediação e, através dela obterem a solução do conflito que estão vivenciando se assim for possível.

Autonomia da vontade consiste em respeitar a vontade da pessoa, “implica em que a deliberação expressa de uma pessoa plenamente capaz, com liberdade e observância dos cânones legais, deva ser tida como soberana.” (TARTUCE, 2024, p. 189).

Este princípio permite que as partes, utilizando da sua autonomia, escolham a mediação como meio para resolver a controvérsia, possibilitando que juntas construam uma solução que seja satisfatória para todos os envolvidos.

A carta de princípios, valores e diretrizes orientadores da mediação interdisciplinar do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, ao tratar deste princípio, afirma que:

A participação na mediação interdisciplinar envolve necessariamente a autonomia da vontade dos mediandos, que por meio do consentimento informado, exercem o protagonismo na decisão de participar, continuar, suspender e encerrar a mediação, assim como na construção dos possíveis encaminhamentos para os seus conflitos. (IBDFAM, 2013)

§1 As partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação, cabendo ao mediador de conflitos gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo.

§2 O mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir com as partes de forma imparcial durante toda a mediação.

A mediação, ao privilegiar a autonomia das partes, permite que os indivíduos decidam o rumo do conflito e atuem em conjunto na busca de uma solução consensual. Ao tratar as partes como protagonistas na resolução da crise, a mediação valoriza suas percepções e considera seu senso de justiça, proporcionando uma abordagem mais personalizada e adequada para a resolução das controvérsias.

O princípio da autonomia valoriza a decisão construída pelas partes, não imposta por um terceiro, ocorre a substituição de “uma solução alienante por uma solução que vai ao encontro da autonomia.” (WARAT, 2018, p. 44).

Este princípio também tem previsão na legislação de outros países, como em Portugal, onde ele é chamado de princípio da voluntariedade, e está previsto no artigo 4º. Da Lei n. 29/2013¹⁷, o qual estabelece expressamente que as partes têm a liberdade de optarem pela mediação, não sendo possível obrigar uma pessoa a participar, podendo desistir a qualquer tempo.

Em outras palavras, o princípio da autonomia da vontade está intrinsecamente ligado a liberdade do indivíduo, os participantes têm o poder de escolher participar e de definir a resolução da controvérsia, podendo deixar o procedimento quando quiserem.

2.3.4 Princípio da Confidencialidade

O princípio da confidencialidade é uma diretriz fundamental na mediação, pois assegura aos participantes que o que foi dito e exposto na sessão de mediação não será considerado para fins de litígio, não será usado contra eles em outra oportunidade, seja dentro de um processo já existente ou uma demanda a ser proposta.

¹⁷ Artigo 4.º

Princípio da voluntariedade:

1 - O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento.

2 - Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento.

3 - A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil.

A confidencialidade, o sigilo, dá segurança para os mediandos de saber que o que foi resolvido em mediação não será divulgado, tendo um papel importante de “despertar maior interesse no sentido de proteção da exposição do problema, possibilitando a sua transformação, sem que ninguém fique sabendo.” (CACHAPUZ, 2011, p. 38).

O Código de Processo Civil reconhece a importância da confidencialidade, tanto que prevê no artigo 166 §1º¹⁸ que todas as informações produzidas no decorrer do processo de mediação, não podem ser usadas para fins diversos daqueles previstos por expressa deliberação das partes.

A lei de Mediação também aborda o princípio da confidencialidade de forma detalhada na Seção IV, Artigo 30¹⁹, estipulando que todas as informações relativas ao procedimento de mediação devem ser mantidas em sigilo em relação a terceiros, a menos que as partes decidam de forma diferente. Além disso, prevê que o dever de confidencialidade se estende ao mediador, às partes, seus representantes, advogados, assessores, técnicos e outras pessoas que tenham participado do procedimento, abrangendo diversas situações em que o sigilo deve ser observado.

O artigo 31²⁰ da Lei de Mediação trata do sigilo das sessões privadas eventualmente realizadas, estabelecendo que o mediador só pode revelá-las aos demais participantes do procedimento se autorizado.

Por sua vez, a Resolução 125/2010 do CNJ, no artigo 1º do Anexo III, traz que a confidencialidade compreende o dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo o mediador ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.

Constata-se que o princípio da confidencialidade tem função importante dentro da mediação, pois incentiva as partes a adotarem uma postura proativa durante o

¹⁸ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

¹⁹ Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

²⁰ Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

processo de mediação, ao assegurar que o que for discutido não será tornado público nem levado ao juiz do processo. Facilita que as partes possam contribuir de forma aberta e honesta, sem temer prejuízos ou prejulgamentos em caso de ausência de acordo.

2.3.5 Princípio da Oralidade

O princípio da oralidade, previsto no artigo 2º da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e no artigo 166 do CPC, enfatiza que a mediação é um método centrado na comunicação verbal, que os mediandos, por meio de negociações orais, constroem conjuntamente uma solução para o conflito. O mediador, que atua como um facilitador do diálogo, guia as partes na comunicação, utilizando de perguntas para estimular a reflexão e ajudar na identificação da solução mais adequada para todos os envolvidos.

Para garantir a aplicação efetiva do princípio da oralidade, o mediador pode empregar diversas técnicas durante a condução da sessão. Dentre essas técnicas, a escuta ativa, as perguntas exploratórias e a devolutiva, que consiste em resumir o que foi compreendido, são particularmente essenciais (TARTUCE, 2024, p. 200).

Verifica-se que esse enfoque na oralidade e na interação direta visa promover um ambiente mais flexível e adaptável, onde as soluções podem ser ajustadas conforme as partes discutem e ajustam suas expectativas e propostas. O objetivo é alcançar um acordo que reflita de maneira mais precisa os interesses e necessidades reais das partes, contribuindo para uma resolução mais satisfatória e duradoura dos conflitos.

2.3.6 Princípio da Informalidade

O princípio da informalidade estabelece que o procedimento deve ser simples, de linguagem simples, possibilitando e facilitando que as partes participem e se expressem e que o mediador possa atuar de forma flexível, sem formalidades, sem ter que obedecer às regras fixas no tocante ao procedimento, mas atendo as regras contidas no ordenamento jurídico no tocante a mediação.

A informalidade na mediação é restrita por diversas normas que devem ser observadas para garantir a validade do processo. Entre essas restrições, destacam-se a exigência de elaboração de um termo final, a obrigatoriedade da presença de um

advogado ou defensor público na mediação judicial, a necessidade de que o objeto do acordo seja lícito e a obrigação do mediador de revelar qualquer fato que possa levantar dúvidas sobre sua imparcialidade, entre outras (MEIRA; RODRIGUES, 2017, p. 116).

O princípio da informalidade refere-se à flexibilidade e à ausência de rigidez procedimental, permitindo uma abordagem mais aberta e adaptável para a resolução de disputas. Essa flexibilidade facilita a comunicação direta e transparente entre as partes e confere ao mediador a liberdade de ajustar o processo conforme necessário, como modificar o formato das reuniões ou o tempo de fala. No entanto, apesar dessa flexibilidade, é essencial seguir regras específicas para garantir a validade do processo. Por exemplo, se uma das partes estiver assistida por um advogado, a outra parte também deve ter assistência legal para que a mediação prossiga de forma válida e equitativa.²¹

2.3.7 Princípio da Busca da Decisão Informada

O próximo princípio a ser abordado é o da busca pela decisão informada. Este princípio, previsto no Código de Processo Civil, estabelece que o mediador deve assegurar que as partes estejam plenamente informadas sobre o procedimento de mediação. Isso inclui explicar como o processo funciona, a liberdade de participar ou não do procedimento, as questões da confidencialidade das informações discutidas, a possibilidade de alcançar um acordo e a obrigação de cumprir o acordo, caso seja celebrado, dentre outras informações relevantes para que o método seja realizado adequadamente e de forma válida.

Esse princípio está ligado a autonomia das partes, posto que as partes são livres para decidir, precisando estar conscientes do que estão fazendo, isso é, devem estar cientes e entendendo plenamente suas ações durante o processo de mediação.

Podem as partes decidir por participar ou não de uma mediação, de fazer um acordo ou não, e para tanto, precisam estar informadas e conscientes do que estão fazendo, do contexto que estão, do que está envolvido e das consequências da decisão.

²¹ Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

Nessa esteira, cita-se Fernanda Tartuce (2024, p. 214):

A primeira providência do imparcial facilitador é informar aos presentes o perfil do procedimento para que não haja equívoco quanto ao teor das comunicações, gerando o devido esclarecimento sobre as consequências da celebração ou não de um acordo.

Como pode-se observar, a mediação é um processo de tomada de decisão que depende fundamentalmente do princípio da decisão informada. Esse princípio visa assegurar que as partes envolvidas tenham a capacidade de tomar decisões com total consciência. Para alcançar esse objetivo, é dever do mediador esclarecer todos os aspectos do método de trabalho a ser adotado, apresentando-o de maneira completa, clara e precisa. Isso inclui a explicação dos princípios, regras de conduta e etapas do processo de mediação. Além disso, o mediador deve incentivar as partes a buscar as informações necessárias para que possam tomar decisões alinhadas com seu entendimento e garantir que o acordo final reflita a livre manifestação de vontade de cada parte.

2.3.8 Princípio da Isonomia

Outro princípio da mediação é o da isonomia entre as partes, o qual garante às partes que elas sejam tratadas com igualdade durante o procedimento da mediação, proporcionando as mesmas oportunidades de fala e de participação.

Significa dizer que não apenas as mesmas regras e o mesmo tratamento devem ser dispensados a ambas as partes, mas também que elas devem ter oportunidades igualitárias no procedimento de mediação; é o princípio que garante que as partes serão tratadas de forma harmônica e equitativa.

Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marcelo Mazzola (2024, p. 93), a isonomia, tem fundamental importância no procedimento de mediação, na medida em que a validade da solução consensual exige, entre outras situações, a garantia de que as partes tiveram as mesmas oportunidades de apresentar seus argumentos e pontos de vista.

Se o mediador identificar um desnível de informação ou alguma particularidade em um dos participantes, como dificuldade em expressar o problema que está na origem do conflito ou uma barreira emocional que impede a compreensão completa da extensão do conflito, ele deve tomar as medidas necessárias para restabelecer o

equilíbrio entre as partes no processo de mediação. Isso pode envolver fornecer esclarecimentos adicionais, oferecer suporte específico ou ajustar a abordagem da mediação para garantir que todas as partes tenham igualdade de condições para participar efetivamente e contribuir para a resolução do conflito.

A isonomia desempenha um papel crucial no procedimento de mediação, pois a legitimidade da solução consensual depende, entre outros fatores, da garantia de que todas as partes envolvidas tiveram igual oportunidade para apresentar seus argumentos e pontos de vista. Além disso, é essencial que cada parte tenha acesso às mesmas chances para alcançar um acordo. Esse equilíbrio é fundamental para assegurar que a resolução alcançada reflita verdadeiramente a equidade entre os participantes.

2.3.9 Princípio da Busca do Consenso

Cumpra agora falar do princípio da busca do consenso, um princípio da mediação trazido pela Lei de Mediação, que veio com muitas críticas e resistência, posto que pode trazer uma ideia inicial de que a mediação busca acordo a qualquer custo, não sendo este o objetivo do procedimento.

Nas palavras de Fernanda Tartuce: “em uma lógica quantitativa desarrazoada, pode-se acabar achando que a “busca” do consenso precisa resultar no “alcance” de acordos a qualquer custo.” (2024, p. 206).

Referido princípio precisa ser compreendido com cuidado, a mediação é um meio consensual que busca a pacificação, mas não necessariamente um acordo, busca principalmente restaurar o diálogo e a partir daí construir soluções viáveis para ambas as partes solucionado o conflito, podendo se chegar a formalizar um acordo.

Como já mencionado, a mediação, enquanto método alternativo de resolução de conflitos, visa não apenas encerrar a disputa com um acordo, mas encontrar uma eventual solução que atenda às pretensões das partes envolvidas.

Charlise Colet Gimenez, Rodrigo Nunes Kops e Daiana Queli Knod (2016, p. 27), ao discorrerem sobre o princípio em análise, afirmam que a mediação busca o consenso, mas que não está ligado à obtenção de um simples termo de acordo, mas na restauração da relação existente entre as partes, afirmando que nenhuma decisão deve ser imposta; pelo contrário, a mediação deve ser conduzida de forma que os

mediandos identifiquem o verdadeiro problema e cheguem a um acordo; não sendo possível, deve-se pelo menos tentar restabelecer o diálogo entre os conflitantes.

Conclui-se que o princípio da busca do consenso determina que o mediador deve apoiar as partes na busca de uma solução colaborativa para a controvérsia, ainda que o fechamento de um acordo não seja o objetivo final da mediação. Este princípio não deve ser confundido com a obrigatoriedade de se alcançar um acordo, uma vez que o principal objetivo da mediação é restabelecer a comunicação entre as partes. O consenso, neste contexto, refere-se à comunicabilidade pacífica, que, ao longo do tempo, poderá concretizar um acordo ou possibilitar a construção de um acordo futuro.

2.3.10 Princípio da Boa Fé

O princípio da boa-fé na mediação refere-se à disposição das partes em cooperar, acreditar no processo e agir em prol do interesse comum, buscando uma solução justa e consensual. Sem a adesão a esse princípio, é improvável que as partes alcancem uma resolução satisfatória, e o procedimento de mediação dificilmente avançará de maneira eficaz. A boa-fé é essencial para garantir um ambiente de confiança e colaboração, crucial para o sucesso do processo de mediação.

Fernanda Tartuce (2024, p. 208) destaca que a mediação é um meio consensual que requer a participação voluntária dos envolvidos na conversa, sendo crucial que haja disposição e boa-fé para que possam se comunicar efetivamente e buscar soluções.

Neste sentido, Rossana Martingo Cruz (2018, p. 49), ao falar da mediação em Portugal, também ressalta a importância da boa-fé na mediação:

A mediação deve basear-se na boa fé e num encontro de vontade das partes em tentar alcançar um consenso naquele foro. Ao longo das sessões podem surgir circunstâncias que alterem ou modifiquem os interesses das partes ou sua situação, daí que tenham a prerrogativa de abandonar a mediação quando está já não corresponda ao seu melhor interesse.

A boa fé é princípio aplicado ao sistema de direito em geral, e estabelece que a honestidade e a dignidade são condições para que os negócios jurídicos produzam seus efeitos. Assim, não se admite que na mediação os envolvidos pratiquem atos

desonestos, fraudulentos, que possam comprometer a livre manifestação da vontade da outra parte, que possa conturbar ou ofender os demais sujeitos, ou outros atos que possam dificultar o consenso e a autonomia da manifestação da vontade. (CARVALHO, 2021, p.96-97).

Por tais razões, vale dizer que o princípio da boa-fé na mediação refere-se à vontade de cooperar, à confiança no procedimento, e à disposição em agir em prol do interesse comum e na busca de uma solução justa e consensual. Sem a presença do princípio da boa-fé, as partes dificilmente alcançarão a resolução, e o procedimento de mediação provavelmente não terá um desfecho positivo.

Cumprir observar, todavia, que, além dos princípios tratados neste tópico, previstos no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação (13.140/2015), a Resolução 125/2010 do CNJ, assim como outras instituições especializadas em Mediação, como CONIMA e FONAME, também elencam princípios para orientar a mediação, nem sempre coincidentes com os aqui tratados, como o princípio ao respeito à ordem pública e as leis vigentes, previsto na referida resolução §6º.²²

Cumprir observar que os princípios da mediação devem ser respeitados para validade do procedimento e de eventual acordo a ser firmado, sendo que, as consequências, pela não observância, deverão ser analisadas diante de cada regra não cumprida, podendo levar inclusive a sua nulidade. Veja-se o julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSTAGEM OFENSIVA EM REDE SOCIAL. TERMO DE MEDIAÇÃO. INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO CAPUT E NO § 9º DO ART. 334 DO CPC. NULIDADE RECONHECIDA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. Nos termos do caput do art. 334 do CPC/2015, o réu deve ser intimado para comparecimento à audiência de conciliação e mediação com no mínimo vinte dias de antecedência. No caso, a ré foi intimada pessoalmente para comparecer ao ato, sob pena de ato atentatório à dignidade da justiça, menos de vinte e quatro horas antes da data aprazada para a realização da solenidade. Contexto dos autos em que o prejuízo ao contraditório e à ampla defesa é manifesto, mormente considerando o exíguo prazo para a constituição de procurador, em atenção ao disposto no § 9º do art. 334 do CPC. Nulidade reconhecida e sentença homologatória do acordo desconstituída. Apelo provido. (TJ-RS - AC: 70082415852 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 20/11/2019, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 22/11/2019)

²² Re. 125/2019 CNJ.

§6º Respeito à ordem pública e às leis vigentes – Dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

Nessa perspectiva, depreende-se que os princípios da mediação visam assegurar a efetiva facilitação do diálogo, a igualdade de oportunidades, a liberdade, a confidencialidade e a informação adequada, entre outros aspectos que garantem a compreensão e a aplicação correta do procedimento. Alguns desses princípios são direcionados a todos os participantes envolvidos na mediação, enquanto outros são específicos à atuação do mediador.

2.4 Procedimento da Mediação

Após ser tratado dos princípios da mediação, passa-se a falar do procedimento da mediação, como meio de resolução consensual de conflito, a qual deve ser realizada em um ambiente de confiança e respeito, possibilitando aos mediados o diálogo necessário para embasar negociações.

Não se tem na mediação um procedimento estático, rigoroso, podendo ser adaptado a cada caso que será mediado, e varia de acordo com a escola escolhida pelo mediador.

É fundamental que o mediador tenha um olhar para esta diversidade de possibilidades de intervenções, selecionando qual modelo irá utilizar a partir deste conhecimento. Sua avaliação se enriquecerá ao adequar o modelo para determinado contexto, qual a melhor indicação dependendo da natureza da controvérsia vivenciada por aquele núcleo familiar, naquele específico momento do seu ciclo de vida, sempre visando a máxima eficácia do procedimento. (MARODIN, 2024, p. 82)

Cada escola influencia a técnica a ser usada e aplicada na mediação realizada, podendo ser adaptada a cada situação. Sendo a mediação um apanhado de pensamentos, não existe uma técnica única, pois ela muda de acordo com a necessidade, principalmente por ter como seu conteúdo o ser humano na sua complexidade. (CACHAPUZ, 2003, p. 44).

Eva Jonathan e Rafael Alves de Almeida (2019, p. 237), ao falarem sobre o procedimento da mediação, defendem que “a flexibilidade e a informalidade, características primordiais desse instituto, permitem que as partes, juntamente com o mediador, possam definir o formato do processo que melhor atenda aos objetivos em pauta.”

Muito embora não exista um procedimento único e rígido para mediação, se faz necessário, independente da técnica utilizada pelo mediador, respeitar os princípios da mediação, para evitar soluções pacíficas nulas, como já dito anteriormente.

Nessa esteira, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2021, p. 391) faz importante reflexão:

A propósito do tema, temos chamado a atenção para necessidade de se compatibilizar as ferramentas e técnicas dos meios alternativos com as garantias processuais, sob pena de se correr o risco de alcançar a pacificação com sacrifício de dispositivos que não podem ser afastados pela vontade das partes. E aqui será necessária uma larga dose de ponderação entre o princípio da pacificação, ou princípio da busca da solução consensual mais adequada, e os demais princípios consagrados no texto do CPC 2015 e da Lei da Mediação. Somente num ambiente protegido pelas garantias constitucionais, e havendo um permanente monitoramento da incidência dessas garantias, é que se poderá ter o chamado processo justo.

Segundo Eva Jonathan e Rafael de Almeida (2019, p. 239), embora o processo de mediação seja flexível, na prática há uma tendência de utilizar um procedimento dividido em fases sequenciais. Para eles, essa divisão seria da seguinte forma:

(i) pré-mediação ou estágio premilinar; (ii) abertura da mediação; (iii) acesso ao conflito; (iv) investigação aprofundada do conflito; (v) redefinição do conflito e criação de alternativas; (vi) formulação e negociação de propostas; (vii) tomada de decisão consensual e término da mediação; (viii) acompanhamento.

Mesmo existindo fases sequenciais ou etapas, a mediação é um procedimento dinâmico, em que o mediador tem tarefa importante de conduzir da melhor forma possível comunicação entre as partes, para que os objetivos, a restauração do diálogo e a pacificação do conflito, sejam alcançados, podendo a sequência de fases serem concentradas em um ato ou sessão, bem como ser alterada a ordem das fases ou etapas.

Adentrando no procedimento da mediação e utilizando da divisão trazida por Eva Jonathan e Rafael de Almeida, citada acima, ao falar da primeira etapa, pode-se dizer que a pré-mediação ou primeira reunião, como coloca o artigo 2º, § 1º da Lei de Mediação²³, é uma fase inicial e de esclarecimentos e acolhimento das partes, em que o mediador vai explicar o procedimento. Deve ele esclarecer as principais características da mediação, que são representadas pelos seus princípios e pegar a concordância delas em participar.

²³ Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

Neste primeiro estágio da mediação, que possui caráter informativo e avaliativo, almeja-se promover uma compreensão abrangente das características e do potencial facultativo e negocial do instituto da mediação. Esse estágio também visa obter a concordância preliminar das partes em participar do procedimento e avaliar a adequação da mediação ao caso concreto. (JONATHAN; ALMEIDA, 2019, p. 240).

A próxima etapa é a abertura da mediação, em que o mediador esclarece o seu papel, e se estabelecem em conjunto e dentro dos princípios da mediação as regras procedimentais, tais como: questão de tempo de fala, possibilidade de reuniões em separado dentre outros acordos quanto ao procedimento.

Corroborando a perspectiva, Carlos Eduardo Vasconcelos (2008, p. 91) assinala que, nesta fase de abertura, o mediador:

Esclarece que seu papel é apenas de colaborar com os mediandos, declara a sua independência e revela o seu dever de imparcialidade; explica os preceitos da escuta ativa, da igualdade de tratamento e de linguagem em primeira pessoa (linguagem “eu”); esclarece a importância do sigilo; solicita o mútuo respeito; expõe a possibilidade de entrevistas a sós (*caucus*); deixa claro que os mediandos serão os protagonistas do entendimento.

Na terceira fase, acesso ao conflito, os mediandos terão o momento de se expressar, cada um poderá falar da sua versão sobre os fatos que trouxeram eles para mediação, iniciando pôr aquele que trouxe a questão para mediação, ou quem ingressou com a ação, que levou as partes para mediação.

O objetivo é ingressar no universo dos mediandos e mapear o conflito a ser trabalhado. Por meio do acesso às versões de cada mediando, de sua legitimação e da identificação de seus interesses, almeja-se a construção de uma agenda com temas objetivos e subjetivos a serem discutidos e que possibilitem a redefinição do conflito. (JONATHAN; ALMEIDA, 2019, p. 243)

Nesta fase, é comum que os mediandos estejam com as emoções afloradas, expressando sentimentos de raiva e tristeza, o que pode gerar um clima hostil, cabendo ao mediador, que tem a tarefa de guiar o diálogo, detectar as motivações subjacentes ao conflito, para trabalhar estas questões, possibilitando a continuidade do diálogo e eventual solução da controvérsia.

Através de escutas e questionamentos, o mediador auxilia cada uma das partes a esclarecer seus interesses, contribuindo para liberá-las da insegurança e dos apegos. (VASCONCELOS, 2008, p. 93).

A próxima é a fase de investigação mais aprofundada do conflito: levar os mediandos a buscarem seus reais interesses e necessidades, levando-os a refletir também sobre o ponto de vista do outro, bem como verificar se há pontos de um possível acordo.

Nessa etapa, caso o mediador constate resistência em relação a questões objetivas, ele pode, respeitando a igualdade de tratamento, sugerir a realização de entrevistas separadas. Além disso, o mediador pode suspender a sessão para que as partes consultem advogados ou outros profissionais, a fim de obter dados ou esclarecimentos necessários sobre critérios objetivos para sua decisão. (VASCONCELOS, 2008, p. 95).

A próxima fase do procedimento de mediação é a redefinição do conflito e a criação de alternativas. Após a revelação dos interesses de cada parte, buscam-se identificar valores comuns a todos, permitindo, assim, o início da construção de alternativas para a solução da controvérsia.

Sobre esta fase, em que se passa para a criação de alternativas de resolução da controvérsia, o mediador tem a função de estimular as partes a criarem várias alternativas:

Ao mediador, cabe encorajar a criação e exploração de uma vasta gama de soluções que possam pôr fim à disputa. Uma de suas principais atribuições é oportunizar um ambiente seguro e confortável no qual seja viável a conjectura de possibilidades, protegida da reação impulsiva da outra parte, de julgamento prematura ou de críticas veementes. (JONATHAN; ALMEIDA, 2019, p. 247)

A seguir, vem a fase da formulação e negociação das propostas entre as alternativas que surgiram. Nesta etapa, é o momento de analisar e refletir sobre cada uma delas. O mediador auxiliará as partes para que, de forma cooperativa e com base em negociações construtivas, encontrem uma solução satisfatória para todos os envolvidos.

Por fim, finalizando as fases do procedimento, chega-se à etapa da tomada de decisão consensual e término da mediação, sendo importante destacar que o processo de mediação pode ser concluído com ou sem a realização de um acordo, posto que o objetivo principal da mediação não é necessariamente o acordo, mas sim a restauração do diálogo e a promoção de decisões conjuntas e equilibradas, que gerem satisfação para todos os envolvidos e se sustentem ao longo do tempo.

As partes também podem fazer acordos parciais, bem como provisórios, sendo que no caso dos provisórios deve ser estabelecido um prazo para retorno à mediação, para que seja dada continuidade, chegando a um novo acordo ou ratificando de forma definitiva o anterior.

O término da mediação, mesmo sem a obtenção de um acordo, deve ser formalizado através de um termo final. Caso seja alcançado um acordo, este se torna um título executivo extrajudicial. Dependendo da matéria, se realizado no âmbito de um processo judicial ou conforme o desejo das partes, o acordo pode ser levado para homologação judicial, transformando-se assim em um título judicial²⁴.

Embora a mediação seja um procedimento flexível e dinâmico, que deve respeitar os princípios estruturantes trazidos pelo ordenamento jurídico, e que deve ser realizada de forma a atender o caso levado pelos mediandos, verifica-se que ela pode ser estruturada em fases ou etapas, as quais ajudam a mediação a cumprir a sua finalidade, que é estabelecer o diálogo entre as partes, permitindo que elas criem de forma cooperativa uma solução adequada e sustentável para todos os envolvidos.

2.5 MEDIAÇÃO E A PRÁTICA CONFORME A ESCOLA

A prática da mediação, como se desenvolve, embora não tenha um procedimento específico adotado pela nossa doutrina e ordenamento jurídico, conforme verificou-se anteriormente, pode variar a depender da Escola adotada, existindo particularidades no procedimento de cada uma delas, que serão abordadas neste tópico.

Segundo Rozane da Rosa Cachapuz (2011, p.10), as escolas mais utilizadas são: “Escola de Havard, Escola Transformativa e Escola Pós-Moderna ou Narrativa”, as quais serão abordadas neste estudo.

2.5.1 Escola de Havard

²⁴ Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

A Escola de Harvard é amplamente reconhecida por sua abordagem de negociação baseada em interesses, em contraste com a negociação centrada em posições. Esse modelo foca na reconciliação de interesses das partes envolvidas, promovendo uma postura cooperativa do negociador, com o objetivo de alcançar resultados que beneficiem a todos, em vez de simplesmente vencer a disputa. Diferentemente da abordagem competitiva, cujo foco é derrotar o oponente, a Escola de Harvard enfatiza a busca por soluções que gerem um "ganha-ganha".

Segundo Marilene Marodin (2024, p. 83), a mediação negocial, como ela denomina a Escola de Harvard,

[é] um modelo mais tradicional e propõe que nas negociações as pessoas envolvidas no conflito trabalhem na base de uma negociação colaborativa, com objetivo de poderem dar continuidade as suas relações após as decisões que tiverem e não se tornem inimigos.

Sobre a Escola de Harvard, Rozane da Rosa Cachapuz (2011, p. 10) diz que ela trabalha técnicas de negociação, visando encontrar formas para a elaboração dos conflitos, trazendo conceitos claros quanto à mediação, sinalizando para a relevância da escuta e da investigação, com o intuito de alterar a visão das partes.

Esta mesma autora (2011, p. 44-45) pontua que existe um programa de Mediação Familiar Colaborativa da Universidade de Harvard, que tem por base a utilização de algumas diretrizes, tais como:

- a) Posição: é o que cada parte pretende alcançar;
- b) Interesse: é o que cada parte deseja ou necessita;
- c) Opção: diferentes alternativas para solução do conflito
- d) Objetivos: elementos externos à vontade, que condicionam as possibilidades de solução do conflito, mais além do estimado;
- e) MAAN: Melhor Alternativa para o Acordo Negociado.

Para esta Escola, o procedimento é importante e a negociação, em seu sentido técnico, deve ser cooperativa, pois não busca derrotar a outra parte. A negociação não é barganha posicional do tipo perde-ganha, com mero interesse de levar vantagem. Considera a mediação uma negociação apoiada em terceiro, o mediador, que irá facilitar a solução. (VASCONCELOS, 2008, p. 74).

O enfoque desta Escola reside no tratamento da controvérsia pelas partes como um problema mútuo, que pode ser resolvido por meio de comunicação eficaz e comportamento interativo.

Nesse contexto, as emoções são reconhecidas como elementos cruciais nas negociações, em vez de serem ignoradas. Elas devem ser utilizadas de maneira positiva, sendo importante analisar o contexto que o conflito foi produzido. Essa abordagem contribui para a obtenção de resultados favoráveis que atendam aos interesses de ambas as partes na negociação.

Esta Escola trata o conflito como um problema, causado direta e linearmente pelo não atendimento dos interesses divergentes em jogo. Assim, o conflito deve ser resolvido pela remoção da causa, através da negociação cooperativa, tornando os interesses divergentes em convergentes, harmonizando os interesses, gerando mútua satisfação. Para que os interesses divergentes sejam transformados em convergentes, o que é uma responsabilidade de todos os envolvidos, faz-se necessária uma comunicação clara quanto aos seus interesses, para que sejam compreendidos, discutidos e atendidos. (JONAHTAN; PELAJO, 2019, p. 187-188).

Sendo uma das técnicas da Escola, o foco nos interesses não nas posições, cabe uma análise cuidadosa dos interesses, o que pode levar a uma convergência de interesses:

Uma negociação, é bastante usual que as pessoas manifestem suas posições, e não seus interesses – as posições expressam como cada uma das partes idealizou a satisfação daquilo que deseja; os interesses dizem respeito às motivações e se articulam com as necessidades a serem atendidas. Ocorre, que no mais das vezes, os negociadores desconhecem ou não se dão conta de suas motivações. Assim, acabam regateando um meio termo entre as posições contrapostas, sacrificando, ainda que parcialmente, seus interesses. (JONAHTAN; PELAJO, 2019, p. 193)

Cumprir observar que a negociação também é um meio de solução consensual de conflito, mas, para a escola de Harvard, faz parte do procedimento da mediação. Neste sentido, esclarece Marilene Marodin (2024, p. 83):

A negociação é uma forma autocompositiva ou autônoma, faz parte dos chamados Métodos Adequados ou Autocompositivos de Solução de Conflitos, os MASC, juntamente com a conciliação e a mediação. A negociação acontece quando os acordos são espontâneos e diretos, um processo em que as partes envolvidas entabulam conversações visando encontrar forma de satisfazer seus interesses. Contudo, a negociação também faz parte do procedimento da mediação, quando a qualidade do impasse bloqueia a negociação, e o mediador auxilia as pessoas a restabelecê-la utilizando do conhecimento dos princípios da negociação, para que as partes sejam autoras da decisão negociada.

Para a Escola de Havard, a mediação é uma negociação feita com o auxílio de um terceiro, que vai promover o diálogo, possibilitando que os verdadeiros interesses sejam identificados e assim, as partes de forma cooperativa, busquem alternativas de atender estes interesses de forma mútua e satisfatória, sem imposições arbitrárias.

2.5.2 Escola Transformativa

A Escola transformativa, elaborada por Robert Baruch Busch e Joseph Folger e apresentada em 1994, tem como foco as pessoas em conflito e transformação deste relacionamento conflituoso, tem como fundamento que o acordo não é o foco, mas apenas um possível resultado da mediação, o importante é o caminho a ser trilhado durante as tratativas.

Um novo modelo de mediação, teórica e tecnicamente fundamentado. Norteadada por uma visão de mundo relacional, a Mediação Transformativa se diferencia e contrasta com a concepção da Mediação Tradicional ou linear, ao focalizar primordialmente as pessoas em desentendimento e a possibilidade de transformar o seu relacionamento conflitivo. Por sua vez, o Modelo Tradicional de Havard privilegia um olhar para o problema e sua solução, por meio de um acordo entre pessoas. (JONATHAN e AMERICANO, 2019, p. 199)

O foco principal dessa escola não é simplesmente alcançar um acordo entre as partes, mas sim transformar o conflito ao capacitar os envolvidos, proporcionando-lhes a confiança de que podem resolver seus próprios problemas. Nesse contexto, reconhece-se a legitimidade dos motivos e sentimentos das partes em relação ao conflito; no entanto, destaca-se a importância de trabalhar esses aspectos para que o conflito possa ser transformado de maneira benéfica para ambos os lados, na medida do possível.

Marilene Moradin (2024, p. 89-90) aduz que a principal meta da mediação transformativa é dar “novas formas ao relacionamento entre os mediandos, estimulando as pessoas a construir um relacionamento que lhe dê satisfação, rompendo com aquele anterior que causava insatisfações e alimentava o conflito.”

A mesma autora ainda coloca que o conflito pode ser considerado positivo, mas, para tanto, se faz necessária uma mudança na interação dos mediandos, o que a forma de mediar através do procedimento transformativo pode possibilitar:

Daí concluímos que o conflito só se torna produtivo quando a qualidade da interação dos mediandos muda, isto é, quando cada pessoa passa dos estados de fraqueza e autocentramento para estados de maior fortalecimento e abertura. Daí decorre que o termo "transformação", para o modelo transformativo se refere à transformação da interação dos mediandos em conflito. Os mediandos são então capazes de se movimentarem em maior ou menor extensão, e superar a fraqueza e o autocentramento gerado pelo conflito. (MARODIN, 2025, p. 90)

A Escola transformativa tem por finalidade revisar as relações através do diálogo entre as partes, com o objetivo de transformar e construir uma nova forma de resolver aquela situação. Concentra-se no sentido de conduzir os envolvidos no conflito a entenderem a proporção para que visualizem uma nova forma de enfrentá-lo, verificando nessa possibilidade a sua resolução. (CACHAPUZ, 2011, p. 45)

Alessandra Mendes Spalding (2024, p.57), ao falar desta Escola, explica que:

A mediação deixa de ter como objetivo principal a obtenção do acordo e passa a se preocupar com a transformação das relações existentes entre as partes, vendo o conflito como uma oportunidade capaz de permitir o autoconhecimento e o reconhecimento de mérito também nas preocupações da outra parte. Eventual acordo será uma consequência secundária deste processo.

O mediador tem papel fundamental, pois é ele que irá ajudar as partes a restaurar o teor construtivo do relacionamento, ele que deverá aproveitar cada oportunidade dentro do diálogo para empoderar os envolvidos e possibilitar a transformação do conflito e conseqüentemente um eventual acordo.

Nessa esteira, ao falar do papel do mediador, na escola transformativa, Mariline Moradin (2024, p. 93) afirma que o mediador transformativo deve direcionar sua atuação:

No sentido de empoderamento, procurando identificar sinais de fraquezas para ajudar os familiares a transformá-las em forças, assim como direcionar sua atuação no sentido de reconhecimento, identificando sinais de egocentrismo para ajudar os mesmos a transformá-los em receptividade ao outro.

Eva Jonathan e Naura dos Santos Americano (2019, p. 203) ressaltam que:

Ao mediador transformativo cabe, por meio da comunicação, fomentar construções positivas de si, do outro e da situação. A redefinição é o recurso técnico de comunicação a ser utilizado pelo mediador transformativo no seu objetivo de ajudar as pessoas a promoverem tais elaborações construtivas e, assim, transformarem seu conflito.

Assim, destaca-se que a mediação transformativa não tem como objetivo principal o acordo entre as partes, embora este possa surgir como resultado da interação entre elas. O foco está no resgate das relações, buscando-se a transformação da controvérsia através desse processo.

Busca-se promover a transformação do conflito e das pessoas envolvidas. Tem-se por finalidade transformar a forma como os envolvidos estão vivendo e enfrentando uma determinada situação, permitindo que eles deixem de ver de forma negativa e destrutiva e passem a ver de forma positiva e construtiva, auxiliados por um terceiro o mediador, sendo que o acordo não é objetivo, podendo vir acontecer pela transformação que se busca.

2.5.3 Escola Pós Moderna ou Narrativa

Esta Escola foi idealizada pela professora americana Sara Cobb em meados de 1980, após ela se dedicar aos estudos das mediações existentes. A mediação narrativa tem como foco a comunicação e o significado que cada uma das narrativas das partes tem sobre os fatos que envolvem o conflito.

A mediação narrativa procura ver as pessoas como perita em suas próprias vidas, separando-as dos problemas e possibilitando assim a descoberta dos verdadeiros interesses e necessidades, ocultos atrás de uma posição rígida. Ao se exteriorizar um problema, este se torna menos rígido e restritivo, possibilitando que cada participante visualize as suas próprias aptidões, competências e habilidades para lidar com a situação e reduzir a influência da questão na sua vida. (BRIGIDA; ARAÚJO; JACOB, 2019, p.214)

O papel do mediador é fazer as partes contarem histórias alternativas, desconstruindo a narrativa inicial dos fatos, a história inicial trazida, cheia de conteúdo de acusação, raiva, de desqualificação etc. em relação à outra parte.

Na mediação narrativa, o mediador não foca exclusivamente em alcançar um acordo, mas sim em facilitar a comunicação entre os envolvidos e ajudar na construção de novas narrativas, o que pode gerar novas perspectivas e alternativas de solução, eventualmente conduzindo a um acordo. (BRIGIDA; ARAÚJO; JACOB, 2019, p. 216).

Nesta Escola, o conflito é visto como resultado de uma situação concreta, narrada por uma das partes a partir de sua própria perspectiva e interpretação. É a partir dessa narrativa inicial que o processo de mediação se desenvolve. O conflito é

analisado através das histórias contadas pelas partes, considerando a interpretação que elas dão ao conflito e a forma como expressam e verbalizam essa compreensão.

Ao comentar sobre a Escola narrativa, Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008, p. 80) destaca a importância fundamental da arte da conversa e da comunicação, reconhecendo que essa troca é essencial para adquirir novos aprendizados. Para esta escola, o acordo não é visto como o objetivo principal, mas sim como uma possível consequência do processo circular-narrativo que se desenvolve ao longo da mediação.

Para este mesmo autor, uma das particularidades do modelo circular-narrativo está na condução dos mediandos, no sentido de desconstruírem a narrativa inicial, trabalhando o problema e construindo uma nova narrativa:

A meta inicial do mediador e suas primeiras frases devem estar voltadas para definir questão como um problema compartilhado, na perspectiva de que a mediação é uma oportunidade para trabalhar sobre problemas.” (VASCONCELOS, 2008, p. 84)

Esta escola prioriza a construção de compreensões alternativas sobre o conflito, que têm o potencial de aprimorar a qualidade da comunicação e fomentar o desenvolvimento de um relacionamento afetivo e construtivo entre as partes. Essas compreensões alternativas servem como bases sólidas para a geração de opções e de soluções para controvérsia.

Rozane da Rosa Cachapuz (2011, p. 45) destaca que a Escola Narrativa se fundamenta na comunicação, tanto em seus aspectos expressivos quanto de interação. Ela enfatiza que o mediador reconhece o diálogo como meio e instrumento essencial no processo, e que, quando bem direcionado por meio de escolhas e mudanças espontâneas, o diálogo é capaz de resolver o conflito.

Referida autora pontua que uma das grandes doenças da humanidade é a falta de uma boa comunicação, lares e famílias que não conseguem interagir de forma adequada, tendo assim, a Escola Narrativa, um grande mérito em procurar resgatar a comunicação entre as pessoas. (CACHAPUZ, 2011, p. 46).

Marilene Marodin (2024, p. 94), ao falar sobre a escola narrativa, considera que:

A proposta mais significativa é que os mediandos transformem a história conflitiva em um processo que os possibilite superá-la. Foca na desconstrução das narrativas iniciais da história dos envolvidos por meio de perguntas circulares, promotoras de mudança de foco do problema, visando

a permitir diferenciadas conotações e compreensões sobre as ocorrências vivenciadas, e com isto a construção de uma outra história. Nesse cenário, os mediandos podem contar suas histórias sob outra ótica e ter uma diferente perspectiva dos mesmos fatos na nova história narrada, identificando habilidades e competências ao enfrentar os conflitos.

Neste contexto, o mediador deve legitimar as partes envolvidas, trabalhando para alterar o significado da história que cada uma trouxe para a mediação. O papel do mediador é construir uma narrativa alternativa que possibilite enxergar o problema sob uma nova perspectiva.

Depreende-se, portanto, que a mediação narrativa busca tirar o foco da história inicial das partes, possibilitando que elas voluntariamente, através da reflexão, construam novas histórias, uma história alternativa, possibilitando chegarem a um eventual acordo.

Em virtude dessas considerações no tocante a cada uma das escolas ora analisadas, verifica-se que cada modelo tem uma contribuição especial para o procedimento da mediação, não existindo um modelo melhor. Por isso, não foi escolhida pela legislação e doutrina brasileiras uma escola específica que deve ser seguida, posto que para cada caso a ser mediado há suas particularidades e o procedimento de uma escola não excluiu o da outra, podendo inclusive ser usado técnicas de mais de uma escola dentro de uma sessão.

Stella Breitman e Alice Costa Porto (2011, p. 216) tratam sobre o assunto.

A natureza dos conflitos e a capacitação do mediador é que vão definir os diferentes estilos de prática da mediação. Os conhecimentos da profissão de origem, somados ao estilo pessoal do mediador, definirão sua forma de atuação, seu jeito próprio de mediar. É importante que o mediador não se fixe em um único modelo, mas aproveite as qualidades que todos contém, sem parecer uma colcha de retalhos, mas sim construindo seu estilo, sua prática seu modo de abordar e aplicar as teorias.

Em conclusão, é fundamental que os mediadores conheçam e estudem todos os métodos disponíveis, para que, diante de cada caso concreto, possam aplicar as técnicas específicas de cada escola e contribuir para o sucesso da mediação e a consequente pacificação da controvérsia.

2.6 MEDIAÇÃO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Apesar de amplamente defendida pela doutrina e aceita como um meio de resolução de conflitos, inclusive já sendo praticada nos Tribunais, a Mediação não possuía previsão legal até 2015. Essa lacuna legislativa dificultava a disseminação do procedimento e a implementação de políticas públicas voltadas para sua promoção.

Apesar da lacuna legislativa, ressalta-se que o preâmbulo²⁵ da Constituição Federal de 1988 estabelece as soluções pacíficas como fundamento do Estado Democrático. Isso pode ser interpretado como uma autorização constitucional que incentiva a criação de leis para facilitar o uso de mecanismos alternativos, como a mediação, na resolução pacífica de controvérsias. (PURCINO; TSUTISUI, 2023, p. 111).

Diante da falta de legislação, a mediação estava sendo conduzida por diferentes programas e entidades, incluindo os programas de acesso à justiça desenvolvidos pelos Tribunais, que promoviam a mediação judicial; organizações não governamentais que realizavam mediação comunitária; câmaras de mediação e arbitragem que ofereciam serviços privados; e mediadores independentes, profissionais que atuavam em diversas áreas, como a familiar, cível e empresarial. (TARTUCE, 2024, p. 250).

O que existia até 2015 era a resolução do CNJ n. 125/2010, como regras para mediadores judiciais, não existindo qualquer regra para os mediadores privados. Diante da falta de lei, foi desenvolvida uma carta de princípios orientadores e de deveres do mediador, por aqueles que praticavam a mediação e estudiosos, que estabelecia diretrizes ligadas à confidencialidade e à imparcialidade.

O artigo 1º da referida Resolução²⁶, ao estabelecer que os órgãos judiciários são incumbidos de, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros meios de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais,

²⁵ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

²⁶ Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

como a mediação e conciliação, devendo prestar atendimento e orientação ao cidadão, contribuiu para difusão do método e sua consequente positivação.

Diante da evolução da prática da mediação no país, havia opiniões divergentes sobre a necessidade de uma legislação específica para regular o método. Alguns argumentavam que a ausência de uma lei não impedia a aplicação da mediação, desde que os princípios e técnicas inerentes ao mecanismo consensual fossem respeitados. No entanto, a regulamentação trazia uma questão crucial, especialmente no que diz respeito à validade contratual da cláusula de convenção de mediação, na qual as partes se comprometiam a recorrer à mediação antes de buscar uma solução contenciosa. A falta de uma definição legal clara gerava diferentes interpretações sobre o caráter vinculante dessa cláusula, muito embora o ordenamento jurídico, com base em princípios como a boa-fé objetiva e o *pacta sunt servanda*, fornecesse diretrizes capazes de solucionar o dilema aparente. (TARTUCE, 2014, p. 251).

Além deste impasse quanto à necessidade de legislação para mediação, principalmente no tocante à validade da cláusula de convenção de mediação, também há quem defendia a necessidade de norma para que o Estado pudesse criar políticas de maior apoio a mediação, disponibilizando a mediação para sociedade, fomentando o uso da mediação.

Após vários projetos de leis, tendo sido a primeira iniciativa legislativa o projeto de Lei n. 4.827/98, da Deputada Zulaiê Cobra, que restou arquivado em 2006, em 2015 com o advento do Código de Processo Civil, que efetivamente a mediação foi abarcada pela legislação brasileira, sendo que na sequência foi promulgada a Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015).

Muito embora o Código de Processo Civil tenha sido promulgado em 16 de março de 2015, anteriormente a Lei especial da Mediação (Lei 13.140/2015), promulgada em 29 junho de 2015, o “CPC, por força da *vacatio legis* de um ano, entrou em vigor em março de 2016 – data posterior à entrada em vigor da legislação especial sobre mediação (dezembro 2015)” (TARTUCE, 2014, p. 260)

Diante da existência de duas normas regendo a mediação, muito embora tenham dispositivos semelhantes, há também divergências em relação a algumas regras, surgindo na discussão na doutrina de como deve-se resolver esta divergência.

Fernanda Tartuce (2014, p. 266), ao tratar da existência de eventual conflito de normas, após discorrer sobre diversos métodos de interpretação da lei, considerando que deve haver uma interação entre o CPC e a Lei de Mediação, assim coloca:

Por força das fontes é viável reconhecer a possibilidade de subsunção concomitante do CPC e da Lei de Mediação; afinal os dois sistemas normativos dispõem de princípios comuns ao expressar ter como pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e informalidade. Em casos de dúvida quanto à aplicação de normas de um outro instrumento normativo, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais coadune com os princípios da mediação.

Zulmar Duarte (2017) sustenta que a Lei de Mediação, por ser uma norma especial e posterior ao Código de Processo Civil, extrai deste uma parte de sua matéria, submetendo-a a uma regulamentação específica. Assim, ocorre uma transição de uma regulamentação geral para uma mais detalhada (do genus para a species). Duarte argumenta que a Lei de Mediação modificou o CPC no que diz respeito à mediação, desconsiderando as disposições do referido Código sempre que estas se mostrassem incompatíveis com a nova legislação.

Existindo duas leis que tratam da mediação e considerando as regras de interpretação, que determinam a prevalência da lei especial sobre a geral, conforme o princípio da especialidade, cabe dizer que a Lei de Mediação, sendo uma lei especial, que deve prevalecer sobre o Código de Processo Civil nos pontos em que houver divergência. Além disso, o artigo 1.046, § 2º, do CPC²⁷ estabelece que este Código deve ser aplicado de forma supletiva quando houver procedimentos já regulados por uma lei especial.

Superada a questão da existência dos dois diplomas legais tratando da mediação, o que trouxe mais visibilidade para a sociedade do procedimento, ressalta-se a importância que o Código de Processo Civil de 2015 deu para os métodos consensuais, ao falar várias vezes deles de forma expressa no texto legal, incentivando as partes a buscarem a resolução do conflito não só através do julgamento pelo judiciário. A mediação é mencionada em 39 dispositivos, a conciliação aparece em 37, a autocomposição é referida em 20 e a solução consensual consta em 7, o que totaliza 103 previsões. (TARTUCE, 2024, p. 259).

Márcia Cristina Mileski Martins, ao falar do Código de Processo Civil de 2015, enfatiza que ele incentiva os métodos consensuais de solução de conflitos:

²⁷ Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código

Salienta-se que o Código de Processo Civil de 2015 colocou os diversos métodos consensuais de solução de conflitos logo nos primeiros parágrafos, sendo que em seu artigo 3º, §2º, estabelece como dever do Estado promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante a mediação, até em obediência ao princípio constitucional do prazo razoável do processo.

A inserção da mediação no Código de Processo de Processo Civil, para Anna de Moraes Salles Beraldo (2016, p. 2239), “foi um enorme reconhecimento sobre a mediação e um incentivo às formas apropriadas de resolução de conflitos.”

Conrado Paulino da Rosa (2018, p. 139) afirma a importância do Código de Processo de Civil e da Lei de Mediação:

A vigência do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação (13.140/2015) apresenta um marco divisor na prática profissional ao implementar, de modo claro e por uma proposta definitiva, métodos consensuais de tratamento de conflitos como regra, deixando a intervenção impositiva para a via residual.

Denise Maria Perissini da Silva (2018, p. 71), ao falar sobre a positivação da mediação, pontua que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações significativas para o ordenamento jurídico brasileiro, destacando a importância da Mediação. Entre as mudanças, incluiu o mediador como um dos profissionais auxiliares da Justiça e regulamentou sua atuação dentro do contexto processual.

O Código de Processo Civil, já nos seus primeiros artigos, demonstra a importância dos meios consensuais ao estabelecer no artigo 3º, §2º o dever do Estado-juiz de promover sempre que possível a solução consensual dos conflitos, sendo que, no artigo 3º, § 3º, diz que a mediação, conciliação e outros meios de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados, por Juízes, promotores, advogados e defensores públicos.

Já o artigo 165 e seguintes promovem a mediação ao cuidar de vários pontos importantes, tirando o vácuo legislativo e regularizando situações para utilização e propagação do método, tais como os princípios norteadores da mediação, já tratados anteriormente, a figura do conciliador e mediador; estabeleceu-se ainda a criação dos Centros Judiciários de Solução de Consensual de Conflitos.

E não só o referido artigo do Código de Processo Civil consolidou a Mediação, como também os artigos 334²⁸, 694²⁹, 695³⁰ do Código de Processo Civil, principalmente porque trouxeram a obrigatoriedade da designação de audiência de conciliação ou mediação.

No que se refere à determinação de designação de audiência de conciliação e mediação prevista nos artigos 334 e 695 do CPC, é importante destacar que, considerando o princípio da voluntariedade no procedimento de mediação, há divergências de posicionamento tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Alessandra Mendes Spalding (2024, p. 121) defende a obrigatoriedade da designação da audiência prevista no artigo 334 do CPC, só não devendo ser designada se ambas as partes mostrarem desinteresse:

Assim, a audiência de conciliação e a sessão de mediação apenas não será realizada quando a matéria não admitir autocomposição, ou se ambas as partes do processo manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, sendo que o autor já deverá manifestar-se na petição inicial e o réu deverá dizer que não interesse na autocomposição por petição apresentada até dez dias antes da audiência, conforme redação prevista no §4º. Do art. 334 do CPC.

Referida autora complementa que tanto é obrigatória, que havendo interesse de apenas uma das partes, a sessão ocorrerá independente da vontade do outro litigante, conforme artigo 334 § 4º. do CPC, sendo o não comparecimento do autor ou do réu, considerado ato atentatório à dignidade da justiça, punível com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida a União ou Estado. (SPALDIGN, 2024, p. 121).

No mesmo sentido, Adrian Abi Tapada (2021) argumenta que a obrigatoriedade de designação e comparecimento na audiência de mediação não diminui a relevância da vontade das partes no processo. Pelo contrário, ele sustenta que essa obrigatoriedade oferece às partes a oportunidade de entender o procedimento e,

²⁸ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

²⁹ 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.

³⁰ Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

assim, tomar uma decisão informada sobre a escolha ou não desse método, reconhecido por sua grande eficácia na restauração de relações humanas. Dessa forma, evita-se que as partes descartem a mediação por desconhecimento do procedimento.

Fernanda Tartuce (2024, p. 331) adota uma posição diferente em relação à obrigatoriedade, argumentando que a voluntariedade é fundamental para a mediação, mesmo quando associada a incentivos e sanções. Ela questiona a eficácia da imposição de sanções, pois acredita que a parte pode comparecer à audiência apenas por coerção financeira, em vez de estar genuinamente disposta a buscar um acordo ou melhorar a comunicação com a outra parte. Como a mediação é um procedimento que visa facilitar o diálogo, Tartuce sustenta que não é possível obrigar alguém a participar ativamente das conversações ou negociações.

Alexandre Freitas Câmara (2022, p. 351) também defende que deve ser respeitado o princípio da voluntariedade, inerente a mediação, bastando que uma das partes manifestem desinteresse na realização para que o ato não seja determinado pelo juiz:

Aqui é preciso fazer uma observação: o inciso I do § 4º do art. 334 estabelece a audiência não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse na composição consensual. Uma interpretação literal do texto normativo poderia então, levar a se considerar que só não se realizaria a sessão de mediação ou conciliação se nem o demandante, nem o demandado, quisessem participar desse procedimento de busca de solução consensual, não sendo suficiente a manifestação de vontade de uma das partes apenas para evitar a realização daquela reunião. Assim não é, porém. Apesar do emprego, no texto legal, do vocábulo "ambas", deve-se interpretar a lei sentido de que a sessão de mediação ou conciliação não se realizará se qualquer das partes se manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual. Basta que uma das partes manifeste sua intenção de não participar da audiência de conciliação ou mediação para que esta não possa ser realizada. É que um dos princípios reitores da mediação (e da conciliação) é o da voluntariedade, razão pela qual não se pode obrigar qualquer das partes a participar, contra sua vontade, do procedimento de mediação ou conciliação. (art. 2º, §2º, da Lei nº 13.140/2015).

Para Humberto Dalla Bernardinho de Pinho (2020, p. 27), no tocante à obrigatoriedade da mediação, o legislador brasileiro, optou por um sistema intermediário:

Com extrema sabedoria e sensibilidade, opta por um sistema intermediário entre a mediação facultativa e a obrigatória, acolhendo ideia de acesso adequado à justiça e a racionalização dos instrumentos de composição de litígio.

Face à polêmica em torno da temática, há enunciados elaborados por diferentes grupos de estudos:

ENUNCIADO nº 45 – Aplicação do ENUNCIADO 61 do ENFAM – “Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, parágrafo 8º.” (CNJ)

Enunciado n. 6 - O desinteresse de uma das partes pela autocomposição não constitui motivo justificado para o não comparecimento à audiência de conciliação ou mediação (art. 334, §8º, do NCPC). (Aprovado no I FONACOM)

Enunciado n. 9 - (art. 334 §4º, I e II, CPC; art. 27, LM): É obrigatória a participação da parte na sessão (audiência) de mediação, exceto se as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual ou quando não se admita a autocomposição. A participação nesta sessão, contudo, não pressupõe a obrigatoriedade de permanência no procedimento de mediação ou realização de acordo. (GEMEP)

No tocante à jurisprudência, há posicionamentos favoráveis à obrigatoriedade da mediação; outros, contrários. Primeiramente colaciona abaixo alguns posicionamentos de Tribunais no sentido de que a audiência é obrigatória, só não sendo se ambas as partes se manifestarem pela não realização.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO CONFIGURADA. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COMPROVADA. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. AUSENTES. SENTENÇA MANTIDA. 1. O novo Código de Processo Civil apresenta como um de seus princípios, a primazia da solução de mérito, almejando a celeridade processual, conforme se verifica da redação do artigo 4º: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa? 2. O não recolhimento das custas, por si só, não pode servir de impedimento à manifestação judicial por meio de sentença. Inclusive, quando alegado pela própria parte que deu causa. 3. O art. 319, inciso VII, do CPC estabelece que a petição inicial deverá indicar a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação, sendo que ela não será realizada nas hipóteses constantes do art. 334, § 4º, incisos I e II (se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição). Assim, cabe ao Juiz analisar a viabilidade de tal procedimento. 4. Quanto aos danos morais, em que pese a devolução do pagamento por inconsistência de dados fornecidos pelo requerido, não restou demonstrada a inclusão do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, bem como não há fatos que demonstrem afronta aos direitos da personalidade do recorrente, consistindo tal situação em mero dissabor cotidiano. 5. Recurso conhecido e desprovido. (TJDF, proc. 07197248120178070001, Relator: SILVA LEMOS, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 13/02/2019, publicado no DJe: 18/03/2019)

INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS - RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 985 DO CPC - AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - OBRIGATORIEDADE - INCIDÊNCIA ARTIGO 334 DO CPC - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. - Para efeitos do artigo 985 do CPC, firma-se a seguinte tese: "É obrigatória a realização de audiência preliminar a que alude o art. 334 do CPC, quando inexistente manifestação expressa de ambas as partes pelo desinteresse na composição consensual. - É nulo o processo, quando o juiz, diante da manifestação de apenas uma das partes, deixa de designar a audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC." (TJMG. IRDR - CV Nº 1.0000.17.027556-4/003 - 12ª CC, Rel. Des.(a) Juliana Campos Horta, julgamento 25/08/2022, Publicação: Dje 14/09/2022.)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO É FASE OBRIGATÓRIA DO PROCESSO CIVIL ATUAL. NOVA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA MULTIPORTAS. VALORIZAÇÃO DA COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL. TAREFA A SER IMPLEMENTADA PELO JUIZ DO FEITO. AUSÊNCIA DE COMPARECIMENTO DO INSS. APLICAÇÃO DE MULTA DE 2% SOBRE O VALOR DA CAUSA. ART. 334, § 8º. DO CPC/2015. INTERESSE DO AUTOR NA REALIZAÇÃO DO ATO. MULTA DEVIDA. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A nova legislação processual civil instrumentaliza a denominada Justiça Multiportas, incentivando a solução consensual dos conflitos, especialmente por meio das modalidades de conciliação e mediação. O objetivo dessa auspiciosa inovação é hipervalorizar da *concertación* de interesses interpartes, em claro desfavor do vetusto incentivo ao demandismo. Mas isso somente se pode alcançar por meio da atuação inteligente dos Juízes das causas, motivados pelos ideais da equidade, da razoabilidade, da economia e da justiça do caso concreto. 2. Em seus artigos iniciais, o Código de Processo Civil prescreve que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º., § 2º. do CPC/2015), recomendando que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução harmoniosa de conflitos sejam estimulados por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e Membros do Ministério Público (art. 3º., § 3º. do CPC/2015), inclusive no curso do processo judicial (art. 139, V do CPC/2015). Esses dispositivos do CPC pressupõem que os Julgadores abram as mentes para a metodologia contemporânea prestigiadora da visão instrumentalista do processo, levando-o, progressivamente, a deixar de ser um objetivo em si mesmo. 3. Reafirmando esse escopo, o CPC/2015, em seu art. 334, estabelece a obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação ou de mediação após a citação do réu. Excepcionando a sua realização, tão somente, na hipótese de o direito controvertido não admitir autocomposição ou na hipótese de ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual (art. 334, § 4º. do CPC/2015). 4. O caráter obrigatório da realização dessa audiência de conciliação é a grande mudança da nova Lei Processual Civil, mas o INSS, contudo, intenta repriminar a regra de 1994, que estabelecia ser optativa a audiência de conciliação (art. 125, IV do CPC/1973 com redação dada pela Lei 8.952/1994), retirando o efeito programado e esperado pela legislação processual civil adveniente. 5. Rememore-se, aqui, aquela conhecida - mas esquecida - recomendação do jurista alemão Rudolph von Iherin (1818-1892), no seu famoso livro O Espírito

do Direito Romano, observando que o Direito só existe no processo de sua realização. Se não passa à realidade da vida social, o que existe apenas nas leis e sobre o papel não é mais do que o simulacro ou um fantasma do Direito, não é mais do que meras palavras. Isso quer dizer que, se o Juiz não assegurar a eficácia das concepções jurídicas que instituem as garantias das partes, tudo a que o Direito serve e as promessas que fórmula resultarão inócuas e inúteis. 6. No caso dos autos, o INSS manifestou desinteresse na realização da audiência, contudo, a parte autora manifestou o seu interesse, o que torna obrigatória a realização da audiência de conciliação, com a indispensável presença das partes. Comporta frisar que o processo judicial não é mais concebido como um duelo, uma luta entre dois contendores ou um jogo de habilidades ou espertezas. Exatamente por isso, não se deixará a sua efetividade ao sabor ou ao alvedrio de qualquer dos seus atores, porque a justiça que por meio dele se realiza acha-se sob a responsabilidade do Juiz e constitui, inclusive, o macro objetivo do seu mister. 7. Assim, não comparecendo o INSS à audiência de conciliação, inevitável a aplicação da multa prevista no art. 334, § 8o. do CPC/2015, que estabelece que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da Justiça e será sancionado com multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. Qualquer interpretação passadista desse dispositivo será um retrocesso na evolução do Direito pela via jurisdicional e um desserviço à Justiça. 8. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1769949 SP 2018/0253383-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 08/09/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/10/2020)

Em sentido contrário, seguem alguns posicionamentos jurisprudenciais que entendem pela não obrigatoriedade da audiência de mediação estabelecida no artigo 334 do Código de Processo Civil.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. MANIFESTO DESINTERESSE DA PARTE. DESIGNAÇÃO. NÃO OBRIGATORIEDADE. Apesar de o Código de Processo Civil estimular a composição, não há obrigatoriedade na designação da audiência de conciliação. A audiência de conciliação mostra-se dispensável quando uma das partes manifesta expresso desinteresse na realização de acordo. A falta da designação de audiência de conciliação não impede a composição, uma vez que, a qualquer momento, as partes podem peticionar nos autos com suas propostas de acordo. (TJ-DF 07082738620228070000 1429218, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 01/06/2022, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 24/06/2022)

JULGAMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE MANTEVE O INDEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA E INDEFERIU REQUERIMENTO DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. Decisão que indeferiu pedido de reconsideração para concessão da justiça gratuita. Intempestividade. Pedido de reconsideração que não suspende nem

interrompe o prazo recursal. Audiência de conciliação não é obrigatória. Podem as partes promover autocomposição extrajudicial a qualquer momento. Ausência de vícios ou nulidades quanto ao indeferimento de realização de audiência de conciliação. Precedentes. RECURSO IMPROVIDO, na parte conhecida. (TJ-SP - Agravo de Instrumento: 22752060220238260000 Guarulhos, Relator: Rodrigues Torres, Data de Julgamento: 17/06/2024, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: DJe 17/06/2024)

Assim, no tocante à obrigatoriedade, verifica-se que há quem considera a designação de audiência de mediação obrigatória, só não devendo ser designada nos casos previstos em lei, ou seja, quando ambas as partes não quiserem ou quando a questão a ser decidida não admitir autocomposição, não sendo violado o princípio da voluntariedade, posto que o comparecimento no ato não quer dizer obrigatoriedade em conciliar, sendo uma oportunidade de conhecer o procedimento e após os devidos esclarecimentos sobre método, poder escolher em participar ou não, devendo ser obedecida sua vontade.

Outros entendem que basta uma das partes demonstrar desinteresse na audiência para que ela não seja designada, não existindo obrigatoriedade na designação, devendo ser respeitado o princípio da voluntariedade das partes. Entendem que obrigar a parte a participar de uma audiência de mediação tiraria a motivação para elas chegarem a uma solução negociada, bem como a natureza facultativa da mediação, passando a ser mais uma etapa a ser superada, não atendendo o objetivo do método.

É necessário ainda analisar a questão da obrigatoriedade da designação de audiência de mediação nas ações de família, à luz da regra estabelecida pelo artigo 695 do CPC, posto que há quem defenda que é obrigatória após o ajuizamento da ação, mesmo que as partes manifestem desinteresse, face ao silêncio do referido artigo em prever as exceções prevista no procedimento comum no artigo 334 do CPC.

Registre-se, defendendo a obrigatoriedade da sessão de mediação após o ajuizamento da ação, nas ações de família, Alessandra Mendes Spalding (2024, p. 121):

O artigo 695 do CPC é enfático em dizer que, recebida a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação ou conciliação, nada falando a respeito da ressalva feita pelo § 4º do artigo 334 do NCPC, que admite a não realização da audiência diante da manifestação das duas partes.

Com o mesmo posicionamento, afirma Conrado Paulino da Rosa (2018, p. 140):

Distintamente do procedimento comum (CPC, artigo 334, § 4º), nas ações de família não se permite às partes renunciar, aprioristicamente, à realização da audiência de mediação e conciliação. Sequer havendo petição de ambos os contendedores será possível a dispensa do ato. A intenção é clara: fazer com que as partes tenham contato com o mediador, de modo a arrefecer os ânimos e perceber as vantagens da solução consensual.

Portanto, no que diz respeito à obrigatoriedade da designação de audiência de mediação, conforme previsto nos artigos 334 e 695 do CPC, é importante destacar que há divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre se essa obrigatoriedade compromete o princípio da voluntariedade. Ao interpretar essas disposições, e considerando as análises apresentadas, verifica-se que o Código de Processo Civil valoriza as soluções pacíficas, estabelecendo a mediação como uma etapa obrigatória a ser observada, especialmente em litígios familiares. No entanto, embora as partes sejam incentivadas a conhecer e considerar esse método, elas não são obrigadas a seguir com o procedimento ou a firmar um acordo, após terem recebido os devidos esclarecimentos. Dessa forma, a vontade das partes é devidamente preservada.

Em síntese, destaca-se que, com a positivação da mediação pelo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação, o legislador, apesar de trazer algumas controvérsias, promove e incentiva a transformação cultural em favor da utilização de meios consensuais para a resolução de conflitos. Ao integrar a mediação ao ordenamento jurídico, abre-se a possibilidade para que as partes envolvidas em controvérsias tenham acesso à autocomposição, com a qual, por meio de esforços mútuos, podem buscar uma solução pacífica e de mais facilmente cumprimento.

3 DA GUARDA E DA CONVIVÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Após a explanação sobre a mediação como método de resolução de conflitos, é essencial analisar dois institutos do Direito de Família que frequentemente geram disputas: guarda e convivência.

Com o término do relacionamento conjugal, embora o vínculo entre os cônjuges seja rompido, os filhos continuam a ser responsabilidade de ambos os pais. O

relacionamento parental deve, portanto, ser mantido, mesmo após o fim do vínculo conjugal.

Assim, quando o relacionamento conjugal se encerra, seja por divórcio ou dissolução da união estável, é necessário resolver questões relacionadas à guarda e à convivência dos filhos. É imprescindível estabelecer regras claras sobre o exercício da parentalidade. Neste capítulo, abordaremos os institutos que regulam essas questões.

3.1 DO PODER FAMILIAR

Muita confusão se faz entre poder familiar e guarda, institutos relacionados ao cuidado dos filhos, a relação entre pais e filhos e ao exercício da parentalidade, mas que representam aspectos diferentes. Portanto, antes de abordarmos as questões de guarda e convivência, é fundamental esclarecer o que se entende por poder familiar.

O termo "poder familiar" foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002, substituindo o antigo conceito de "pátrio poder" presente no Código Civil de 1916. O "pátrio poder" referia-se ao poder exercido exclusivamente pelo pai, então considerado o "chefe da família." Somente com o Estatuto da Mulher Casada, instituído pela Lei n. 4.121/62, que concedeu capacidade civil à mulher, a mãe passou a compartilhar esse exercício. No entanto, o pai ainda detinha maior autoridade, de modo que, em caso de divergência entre os pais, prevalecia a vontade paterna, conforme estabelecido no artigo 380 do Código Civil de 1916.³¹

Atualmente, o poder familiar é exercido conjuntamente por ambos os genitores, em consonância com a igualdade de gênero consagrada pela Constituição Federal de 1988, que também contribuiu para a alteração da nomenclatura. Em caso de divergência no exercício do poder familiar, ambos os pais têm a possibilidade de buscar uma solução pela via judicial.³²

³¹ Art. 380. Durante o casamento compete

o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

³² Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Patrícia Pimental de Oliveira Chambers Ramos (2016, p. 43) conceitua poder familiar com “um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para criação, orientação, proteção dos filhos menores de 18 (dezoito) anos.”

Para Waldyr Grisard Filho (2009, p. 35), poder familiar:

É o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral e espiritual.

O mesmo jurista (2009, p. 47) afirma que os atributos do poder familiar se desdobram nos incisos do artigo 1634 do Código Civil³³, quais sejam: guarda, educação, correição, assistência, representação, vigilância, sendo estes deveres que a lei impões aos pais. Tendo também ao reverso, a lei dado alguns direitos aos pais, como o dever de obediência dos filhos em relação aos pais, prestação de serviços próprios a sua idade e condição, dentro da comunidade doméstica, e dever de prestar alimentos aos pais.

O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres que os pais têm em relação aos filhos, incluindo a responsabilidade de auxiliar no desenvolvimento, orientar, e proporcionar as condições necessárias para que se tornem adultos capazes e responsáveis. Isso exige uma participação ativa dos pais na vida dos filhos, uma convivência regular para que possam oferecer afeto, amor, transmitir valores, formar vínculos sólidos e cumprir plenamente suas obrigações parentais.

Caio Mário (2018, p. 518,) após a Constituição Federal de 1988, assim conceituou o poder familiar: “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições, segundo o artigo 226, §5º, Da Constituição Federal.”

³³ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição

No contexto atual, considerando que dentro do conjunto de faculdades e deveres dos pais, ou seja, do poder familiar, está a função de auxiliar no desenvolvimento dos filhos, de direcionar, se faz necessária uma participação ativa dos pais na vida dos filhos; portanto, faz-se necessário que os pais convivam, transmitam amor, afeto e forme vínculos afetivos.

Assim, a educação do filho, com uma das facetas dos deveres decorrentes do poder familiar, não consiste apenas na obrigação de zelar para que ele receba instrução escolar ou profissional. Consiste também na transmissão de valores morais e éticos. Os pais são responsáveis pela formação de seus filhos, inclusive por atos ilícitos por eles praticados. Assim, não basta educação formal, preciso que o filho seja educado para viver em sociedade, aprendendo a respeitar o próximo, a agir corretamente, sendo repreendido por mau comportamento. (RAMOS, 2016, p. 44)

Rolf Madaleno (2024, p. 707) afirma que o foco no exercício do poder familiar, trazido pela Constituição Federal é o melhor interesses da criança e do adolescente, e não mais a supremacia da vontade do pai, chefe da sociedade familiar, o que direcionou a reforma do instituto no Código Civil, inclusive no tocante a paridade dos cônjuges, ao estabelecer o exercício com absoluta igualdade de prerrogativas e deveres, sendo dos pais a tarefa de criarem e educarem sua prole e de zelarem pelos aspectos morais e materiais dos seus filhos enquanto ainda menores, sempre com atenção no melhor interesses deles.

Paulo Lôbo (2021, p. 313) prefere utilizar o termo autoridade parental, ao invés de poder familiar, entende ser mais apropriada a expressão por não fazer mais sentido a palavra “poder”, com as mudanças sociais e jurídicas advindas com a Constituição Federal de 1988, não sendo viável o deslocamento do poder pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar).

Sendo assim, o mesmo autor conceitua (2021, p. 312):

A autoridade parental (“poder familiar”, segundo o CC/2002), é o exercício dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do tempo, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao interesse do chefe de família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um complexo de relações, em que ressaltam os deveres e as responsabilidades. A autoridade parental (poder familiar) não é consequência do casamento ou da união estável, mas sim da filiação.

Em síntese o poder familiar é conjunto de direitos e obrigações, inerentes aos pais, decorrente da maternidade e paternidade, tornando os pais responsáveis pela criação dos filhos no sentido amplo, ou seja, com responsabilidade de educar, de alimentar, de passar princípios, de colaborar para o desenvolvimento físico, emocional e psicológico dos filhos, os direcionando para a vida em sociedade.

3.2 A GUARDA

Adentra-se agora no instituto da guarda, uma das questões que precisa ser resolvida com o fim do relacionamento conjugal, que acaba sendo ponto divergente e que gera conflitos.

A guarda é um dos atributos do poder familiar, mas um instituto separado, tanto que se a guarda for atribuída a um terceiro não implica transferência do poder familiar a sua perda; portanto, não se confunde guarda com poder familiar, podendo um existir sem o outro.

Tal diferenciação se faz necessária, posto que muitas vezes as demandas familiares se arrastam por anos, causando imenso desgastes para toda família, principalmente para os filhos, na busca de um exercício da guarda como que se outro genitor não fosse ter mais qualquer direito ou obrigação em relação a prole, sendo necessário ressaltar que a guarda não afeta o poder familiar, não afasta o não guardião dos seus direitos e obrigações em relação ao filho.

Para Waldyr Grisard Filho (2009, p.47), a guarda algumas vezes se apresenta como um direito, como o de reclamar de quem ilegalmente a detenha ou de fixar-lhe residência, outras vezes como um dever, como o de velar pela segurança do filho e de lhe prover seu futuro, sendo que uma vez descumprido os deveres impostos, o titular relapso irá sofrer sanções civis e penais.

Ao conceituar guarda, o mesmo autor assim se posiciona:

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1634, II do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33 §1º dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.

No contexto do ordenamento jurídico, a guarda é considerada um atributo do poder familiar, referindo-se à forma como a vida dos filhos é gerida, especialmente após o término do vínculo conjugal ou convivencial dos pais. (ROSA, 2019, p. 452).

Considera-se que o termo “guarda”, dentro do sistema jurídico, desde as relações mais simples até as mais complexas, representa um dever cuidado, uma atenção especial em relação a algo, sendo que em relação aos filhos menores de idade, significa a obrigação de cuidar e proteger, posto que estão na fase de desenvolvimento, necessitando de proteção e direcionamento para uma vida adulta com segurança e com estabilidade.

Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2018, p. 51), ao falarem da guarda segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, explicam que a guarda que decorre do poder familiar em regra é exercida pelos genitores enquanto estão juntos, independentemente de a relação conjugal ter sido ou não formalizada, a qual é chamada de guarda comum, sendo que em princípio o menor deve sempre ser criado pela sua família natural.

Já ao falarem da guarda no Código Civil de 2002, colocam que a “guarda é definida como sendo um direito-dever decorrente do casamento e igualmente aplicável à união estável e aos filhos extramatrimoniais reconhecidos. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 56).

Na guarda, está o direito de vigilância e de convivência, os quais são extremamente importantes para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, para a formação da personalidade dos filhos e sua vida futura em sociedade.

Waldir Grisar Filho (2009, p. 70) considera a guarda com o mais dinâmico atributo dos deveres e prerrogativas dos pais em relação aos filhos:

No estudo da guarda é inquestionável a prevalência do interesse dos filhos, naturalmente valorizado pelos pais, seus parentes mais próximos. A guarda representa convivência efetiva e diuturna dos pais com o menor sob o mesmo teto, assistindo-o material, moral e psiquicamente. A vigilância é outra face da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, atenta ao pleno desenvolvimento do menor, nas suas mais variadas feições, sendo proteção, educação, comunicação.

Quando falamos que guarda deve ser exercida com base no melhor interesse dos filhos, cabe lembrar que atualmente as decisões, referentes à guarda, devem ser tomadas com base nesse fundamento, devendo ser considerada a aptidão dos pais de exercerem.

Até o Código Civil de 2002, a culpa pelo fim do relacionamento conjugal era um fator a ser considerado ao ser definido a questão da guarda em disputas judiciais,

como também não se justifica a prevalência de gênero, como acontecia nos casos de culpa recíproca pela separação do casal.

Atualmente, o princípio balizador nos processos que envolvem a disputa de guarda é determinar qual progenitor possui melhores condições para atender os interesses dos filhos. O atual texto não faz mais nenhuma distinção, baseada unicamente no gênero sexual, sobre quem estaria mais apto a exercer a guarda dos filhos. De acordo com o vigente diploma civil, o exercício da guarda deve ser conferido para aquele ascendente que possuir melhores condições. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 57).

Portanto, a guarda tem papel fundamental para o exercício de alguns deveres impostos pelo poder familiar, tornando-se de extrema relevância, devendo ser exercida com base no melhor interesse e proteção integral das crianças e adolescentes, a fim de lhes proporcionar um desenvolvimento físico, emocional, psicológico, moral, espiritual e social, em plenas condições de liberdade e dignidade.

No Código Civil, há previsão de duas modalidades de guarda, a guarda compartilhada e a guarda unilateral, já a doutrina traz outras modalidades, sendo que neste trabalho será analisado além das guardas previstas no Código Civil a guarda alternada e nidal.

3.3 GUARDA COMPARTILHADA

O Código Civil de 2002 não previa a guarda compartilhada, tendo sido introduzida em nosso ordenamento pela Lei 11.698/2008, que alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil, trazendo assim a possibilidade de guarda unilateral ou compartilhada dos filhos menores.

Porém, a referida lei não foi suficiente para a efetiva aplicação da guarda compartilhada nos casos em concreto; fez-se necessário um aperfeiçoamento do instituto, o que aconteceu com a Lei 13.058/2014, que alterou novamente os referidos artigos do Código Civil, esclarecendo melhor a aplicação da guarda compartilhada e estabelecendo esse modelo como regra de aplicação nas disputas judiciais. Apenas não deve ser fixada se um dos pais não tiver aptidão para exercê-la ou declarar ao juiz que não deseja a guarda do menor.

Com o término do relacionamento conjugal entre os pais, a regra tradicional era que a guarda fosse atribuída a apenas um dos genitores, uma prática que permaneceu

inquestionada por muito tempo. No entanto, com a evolução da sociedade, esse modelo começou a ser contestado. Assim, surgiu a guarda compartilhada, resultado do desejo dos pais de dividir as responsabilidades na criação e educação dos filhos, bem como do direito dos filhos de continuarem a receber cuidados de ambos os pais.

Neste sentido, Waldir Grisar Filho (2009, p. 130-131) conceitua:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância na união conjugal.

Conrado da Paulino da Rosa (2019, p. 456) entende que “compartilhar, como o nome sugere, significa partilhar com o outro, dividindo as responsabilidades pelos sustento, educação e convívio com os filhos de forma direta e conjunta.”

A guarda compartilhada busca garantir que, apesar da separação conjugal e da moradia em lares distintos, ambos os pais continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos. Esse arranjo permite que ambos permaneçam exercendo o poder familiar de forma equivalente ao período em que coabitavam, dividindo as responsabilidades e colaborando na tomada de decisões relativas aos filhos.

Elisa Costa Cruz (2021, p. 103) define guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”

Considerando que a guarda compartilhada é o compartilhamento de decisões importantes relacionados aos filhos, assim como das responsabilidades e direitos em relação a eles, ela pode ser exercida através de várias formas, considerando que os pais não mais estão vivendo sob o mesmo teto.

Quanto à forma de exercício da guarda compartilhada, os pais podem estabelecer arranjos sobre o tempo de convivência de cada um com o filho e decidir com quem o filho irá residir ou, na ausência de consenso, o juiz pode fixar essas regras. Em ambos os casos, deve-se sempre priorizar o melhor interesse dos filhos.

O artigo 1.583³⁴ do Código Civil ressalta a importância de uma convivência equilibrada ao estabelecer a guarda compartilhada.

Dimas Messias de Carvalho (2017, p. 508-509), ao falar sobre guarda compartilhada, diz que ela “ocorre quando os pais conjuntamente se responsabilizam pela criação e educação dos filhos ao mesmo tempo, decidindo de comum acordo.” Colocando ainda que a doutrina compartilhada pode ser dividida em pelo menos três modelos: guarda conjunta, guarda compartilhada propriamente dita ou dividida.

Para o referido autor, a guarda conjunta é quando o menor tem moradia fixada com apenas um dos genitores, ou seja, apenas um possui a guarda física, embora o outro participe das decisões, os pais seguem compartilhando a autoridade e as decisões e a convivência é livre com ambos os genitores. Já a guarda compartilhada propriamente dita ou dividida, a guarda física é dividida e não só as decisões e autoridade em relação ao filho. A criança ou adolescente passa um período com cada um dos genitores, o filho passa a ter dois lares e a autoridade parental é exercida em conjunto.

Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2018, p. 172), ao falarem sobre a guarda compartilhada, distinguem a guarda compartilhada legal da guarda compartilhada física, considerando que ambas estão contempladas na legislação brasileira.

A legislação brasileira igualmente contempla as duas modalidades de guarda compartilhada, distinguindo a guarda compartilhada legal, de adoção conjunta dos pais no tocante as decisões sobre os temas mais relevantes da vida dos filhos, compartilhando os genitores o poder familiar, ou pondo em prática real suas responsabilidades parentais, sem que isto importe em repartição do tempo de convivência dos progenitores com seus filhos, sendo regulada pela Lei 11.698/2008, da guarda compartilhada física da Lei 13.058/2014, pela qual os filhos residem com ambos os progenitores, mediante divisão equilibrada do tempo de convívio com pai e com mãe.

Independentemente da forma como a guarda compartilhada é exercida, os efeitos práticos desse modelo incluem a participação ativa de ambos os pais nas decisões e a responsabilidade conjunta na educação dos filhos. Além disso, a guarda compartilhada contribui para manter os laços de afeto entre pais e filhos e

³⁴ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

desempenha um importante papel pedagógico, ao eliminar o poder absoluto de apenas um genitor sobre o filho, exigindo que ambos tomem decisões em conjunto sobre a vida da criança.

A guarda compartilhada tem como objetivo dar continuidade à relação da criança com os dois genitores, mantendo a relacionamento como era durante o casamento, união estável ou união fática, conservando os laços de afeto, as responsabilidades, direitos e obrigações, como se não houvesse a desunião dos pais, pois mesmo decomposta a família continua biparental. (GRISARD, 2009, p. 171).

Neste sentido, ao falar da importância da guarda compartilhada, Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 71) ressalta que ela mantém e estreita os vínculos com ambos os pais, evita a alienação parental, auxilia na criação e educação, mantém os vínculos de família e as referências maternas e paternas.

Para Maria Berenice Dias (2021, p. 385-386), a guarda compartilhada oferece aos pais mais prerrogativas, assegurando uma presença mais constante e significativa na vida dos filhos e permitindo uma participação efetiva em seu desenvolvimento. Esse modelo promove a pluralização das responsabilidades parentais, estabelecendo uma verdadeira democratização dos sentimentos, essencial para manter os laços de afeto e minimizar os impactos da separação nas crianças. Além disso, garante que ambos os pais estejam igualmente engajados no cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar e nos direitos que ele lhes confere.

Cabe ressaltar que, nos casos de casais em litígios, há divergência se a guarda compartilhada deve ser fixada de forma coativa ou não.

Conrado Paulino da Rosa (2018, p. 150) afirma que a aplicação coativa da guarda compartilhada simboliza um marco de ruptura etimológica, afastando o modelo cultural que os cuidados parentais se limitam a figura da mulher, possibilitando um ambiente para o exercício da coparentalidade mesmo após a ruptura do relacionamento dos genitores, bem como se mostra um meio eficaz de efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Corroborando o posicionamento da fixação da guarda compartilhada, mesmo diante de animosidade entre os pais, cita-se decisão do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação,

do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ - REsp: 1417868 MG 2013/0376914-2, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 10/05/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2016)

Opinião contrária tem Eduardo de Oliveira Leite (2015), entendendo que não deve ser aplicada a guarda compartilhada nos casos de litígio, posto que “revela-se uma solução parcial e meramente formal, que certamente não solucionara o tumulto e a beligerância nas quais vivem genitores imaturos e revanchistas.”

Neste sentido, de que não deve ser fixada a guarda compartilhada nos casos de litígio, menciona-se o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E DE VISITAS. GENITORES QUE CONTROVERTEM E PRETENDEM, CADA QUAL, QUE LHES SEJAM DEFERIDA A GUARDA UNILATERAL DA FILHA EM COMUM. EXAURIENTE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA PRODUZIDA NOS AUTOS QUE EVIDENCIARAM A INVIABILIDADE, NO MOMENTO, DO ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA EM RAZÃO DE ACIRRADA ANIMOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS PAIS DA CRIANÇA, INCAPAZES DE TRAVAR UM DIÁLOGO MÍNIMO IMPRESCINDÍVEL À TOMADA DE DECISÕES EM CONJUNTO E AO PARTILHAMENTO DAS RESPONSABILIDADES. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE QUE A GUARDA COMPARTILHADA, NO CASO DOS AUTOS, NÃO ATENDE AOS MELHORES INTERESSES DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Em se tratando de demanda que envolve interesse de criança ou adolescente, a solução da controvérsia deve sempre observar o princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelo art. 227 da Constituição Federal, o qual deve orientar a atuação do magistrado. Desse modo, a definição do regime de guarda não prescinde do exame acurado e particular a respeito do detido atendimento ao melhor interesse da criança no caso em julgamento. 2. A guarda compartilhada - que pressupõe a partilha das responsabilidades dos genitores, com a tomada de decisões conjuntas, em relação ao filho em comum -, em um cenário de normalidade e, principalmente, de conscientização dos pais a respeito da necessidade de priorizar os interesses e o bem-estar da criança, constitui o regime idealmente concebido pelo legislador, detendo, por isso, prevalência em relação aos demais, ainda que não haja acordo por parte destes. 2.1 Não obstante, a adoção desse regime de guarda pode se apresentar, a partir das particularidades do caso, absolutamente inviabilizada em razão da litigiosidade acirrada existente entre os genitores, que não permite o

estabelecimento de um diálogo mínimo, a obstar toda e qualquer deliberação conjunta a respeito da criança - das mais singelas até as mais relevantes -, potencializando sobremaneira os conflitos interpessoais já existentes entre os pais e nos quais a criança encontra-se inarredavelmente envolta, em total prejuízo ao seu desenvolvimento, adequado e sadio. 3. De acordo com a jurisprudência formada no âmbito das Terceira e Quarta Turmas do STJ, afigura-se absolutamente vedado, no âmbito desta instância especial, promover nova reapreciação de fatos e provas, para afastar a conclusão adotada pelas instâncias ordinárias a respeito da absoluta incapacidade de os genitores estabelecerem um diálogo mínimo e frutífero em prol da filha em comum, imprescindível à viabilização da tomada de decisões em conjunto e, por conseguinte, ao compartilhamento das responsabilidades, inerentes ao regime da guarda compartilhada. 4. Em virtude do caráter rebus sic stantibus da decisão relativa à guarda de filhos, nada impede que o regime de guarda venha a ser futuramente modificado, caso seja demonstrado, em ação própria a este fim, uma efetiva alteração comportamental das partes, comprovando-se a viabilidade do compartilhamento das responsabilidades e da tomada de decisões em conjunto em prol exclusivo dos interesses e do bem-estar da filha em comum. 5. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 1888868 DF 2018/0193855-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 21/11/2023, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2023)

Embora existam divergências sobre a imposição coativa da guarda compartilhada em casos de litígio, especialmente considerando a regra prevista no artigo 1.584, §2º, do Código Civil³⁵, é importante reconhecer que esse modelo permite a efetivação do exercício do poder familiar e do direito da criança de ter ambos os pais responsáveis pelo seu cuidado. Assim, a guarda compartilhada deve ser aplicada mesmo em situações de alta beligerância entre os pais, pois eles precisam aprender a separar as questões conjugais das parentais, em conformidade com o princípio do melhor interesse dos filhos. Além disso, a unilateralidade da guarda não resolveria o comportamento inadequado dos genitores, enquanto a guarda compartilhada promove um compromisso mais equilibrado e responsável.

Em síntese, a guarda compartilhada é a regra legal vigente e deve ser observada em litígios que envolvam essa questão, pois atende ao melhor interesse de crianças e adolescentes, permitindo que ambos os pais continuem a exercer a parentalidade de forma conjunta. A guarda compartilhada só deve ser afastada nas exceções previstas pela lei.

³⁵ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar

3.4 GUARDA UNILATERAL

A guarda dos filhos pode ser exercida por apenas um dos genitores, denominada guarda unilateral, conforme artigo 1583 §1º do Código Civil: “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.”

Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa e Cristiano Chaves (2022, p. 186), a guarda unilateral “determinará a gestão unitária das decisões cotidianas da criança e do adolescente, tais como, escolaridade e saúde.”

Rodrigo da Cunha Pereira (2020, p. 413) conceitua a guarda unilateral ou exclusiva, a qual também pode ser denominada de uniparental:

Aquela que atribuída a um dos genitores, seja por consenso dos pais, seja por decisão judicial. E qualquer dos casos, e não havendo possibilidade ou não sendo viável a guarda compartilhada, a guarda unilateral deve ser outorgada àquele que reunir melhores condições para exercê-la.

Atualmente trata-se de modalidade excepcional, posto que, após a Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada é a regra legal, devendo ser observado, que decisões que fazem parte do exercício do poder familiar não podem ser tomadas exclusivamente pelo genitor que tem a guarda unilateral, posto que o exercício da guarda de forma exclusiva não afasta o poder familiar, que só pode ser afastado por decisão judicial.

Registre-se, neste sentido, o que diz Fernanda Rocha Lourenço Levy (2008, p. 54):

Contudo, é importante salientar que o exercício de alguns atributos do poder familiar permanece em conjunto, como, por exemplo nos casos do consentimento para o casamento, da emancipação e da adoção, justamente por implicarem do próprio poder familiar, e outras específicas, como no caso de autorização de viagem do filho para o exterior.

Na guarda unilateral o filho irá residir com o guardião; é quem irá tomar as decisões mais básicas referente ao dia a dia, saúde e educação, cabendo ao genitor não guardião o dever de fiscalização, assim como direito/dever de convivência com o filho.

Dimas Messias de Carvalho (2017, p. 507), ao discorrer sobre a guarda unilateral, diz que é a tradicional do direito de brasileiro, atribuída a um só dos

genitores ou terceiros e que ela deve ser exercida no melhor interesse do menor, cabendo ao genitor que não a detenha supervisionar os interesses dos filhos.

Para Fernanda Rocha Lourenço Levy (2008, p. 53), o genitor, ao qual é conferida a guarda unilateral, acaba tendo uma parcela mais importante do poder familiar, pois terá a guarda jurídica, que se refere ao exercício do conjunto e deveres e direitos inerentes à guarda, e a guarda material, que para ela, refere-se à convivência contínua com o filho sob o mesmo teto.

Quando não há consenso entre as partes sobre o exercício da guarda após a dissolução do vínculo conjugal e a questão é levada ao judiciário, especialmente nos casos em que a guarda unilateral é solicitada devido às exceções à regra da guarda compartilhada, é fundamental que o melhor interesse da criança e do adolescente seja sempre priorizado. Os interesses dos adultos não podem prevalecer sobre os direitos e o bem-estar dos menores envolvidos.

Nas ações que envolvem crianças e adolescentes, as decisões sobre guarda, convívio e alimentos devem ser interpretadas sempre em favor das crianças e não dos adultos, já que aquelas têm absoluta prioridade por serem vulneráveis. (BERALDO, 2016, P. 28)

É importante destacar que as disputas que envolvem a fixação de guarda não são saudáveis para os filhos, pois pressupõem critérios tanto subjetivos quanto objetivos, abrangendo desde a avaliação do ambiente físico até aspectos psicológicos, comportamentais e emocionais dos pais. Isso torna a tarefa do julgador extremamente complexa, exceto nos casos em que fica claramente demonstrado que um dos pais não oferece um ambiente adequado para exercer a guarda. Embora as Varas de Família atualmente contem com o auxílio de equipes multidisciplinares para lidar com essas questões, a situação continua sendo desafiadora e tormentosa. (PEREIRA, 2020, p. 413).

Destaca-se que a guarda unilateral é uma exceção e, quando for necessária sua aplicação, deve-se sempre observar o melhor interesse das crianças e adolescentes. O genitor que não detém a guarda mantém o poder familiar, ou seja, continua a ter direitos e deveres em relação aos filhos, os quais não se extinguem com a atribuição da guarda unilateral ao outro genitor.

3.5 GUARDA ALTERNADA E GUARDA NIDAL

A guarda alternada e nidal não possuem previsão expressa no ordenamento jurídico, uma vez que o Código Civil, em seu artigo 1.583³⁶, prevê apenas guarda unilateral ou compartilhada. No entanto, a doutrina aborda essas duas modalidades de guarda, que serão analisadas neste tópico.

Passa-se a analisar primeiramente a guarda alternada, que é “aquela que confere de maneira exclusiva a cada genitor a guarda no período em que estiver com o seu filho.” (PEREIRA, 2020. p. 411).

Estabelece-se uma divisão igualitária de tempo, em que a criança reside um período com cada um dos genitores; por exemplo, um mês com cada genitor alternativamente, sendo que, durante este período o genitor que está com o filho é o único detentor da guarda jurídica, ou seja, as decisões são exclusivas dele, ele exerce de forma unilateral a guarda no período que o filho está com consigo.

Na guarda alternada, a autoridade parental é exercida exclusivamente durante o período no qual o guardião possui a guarda física, concedendo ao outro apenas o direito de visita e fiscalização. Trata-se de uma espécie de guarda unilateral exercida por períodos alternados entre os pais, sem cooperação, reservando ao outro apenas o direito de visitas e fiscalização, o que é muito criticado na doutrina por criar instabilidade e insegurança no menor. (CARVALHO, 2017, p. 509)

Esta modalidade de guarda, além de não estar prevista no ordenamento, não tem sido recepcionada pelos nossos tribunais, exceto quando vai ao encontro do melhor interesse da criança. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO. 1. NÃO É A CONVENIÊNCIA DOS PAIS QUE DEVE ORIENTAR A DEFINIÇÃO DA GUARDA, MAS O INTERESSE DO FILHO. 2. A GUARDA COMPARTILHADA ENTRE OS GENITORES É A FORMA PREFERENCIAL, MAS NÃO SE CONFUNDE COM A GUARDA ALTERNADA, QUE TRANSFORMA O FILHO EM OBJETO, QUE FICA À DISPOSIÇÃO DE CADA GENITOR POR UM DETERMINADO PERÍODO. 3. O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA VISA PERMITIR QUE A CRIANÇA DESFRUTE TANTO DA COMPANHIA PATERNA COMO DA MATERNA, NUM REGIME DE VISITAÇÃO BASTANTE AMPLO E FLEXÍVEL, MAS SEM QUE ELA PERCA SEUS REFERENCIAIS DE MORADIA, E COM MAIOR RAZÃO QUANDO A CRIANÇA CONTA TENRA IDADE, POIS DEVE SER ESTIPULADO UM LAR DE REFERÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RS - Agravo de Instrumento: 5248395-41.2023.8.21.7000 PORTO ALEGRE, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 18/12/2023, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 18/12/2023)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL - GUARDA ALTERNADA -- PACTA SUNT SERVANDA - MELHOR INTERESSE DO MENOR - VERIFICAÇÃO. 1 - Tratando-se de acordo

³⁶ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

consensual a respeito da guarda alternada entre os pais, sendo esta a realidade da rotina familiar há cerca de dois anos, e diante da ausência de comprovação de desestabilidade psicológica, ou qualquer mal advindo da mencionada guarda, fica descaracterizada a hipótese de alterar os termos definidos do acordo dispostos na inicial. 2 - Verifica-se a aplicação dos princípios do pacta sunt servanda e vontade das partes, segundo os quais o contrato obriga as partes, nos limites da lei, observado, ainda o melhor interesse do menor. (TJ-MG - AC: 10000210401766001 MG, Relator: Jair Varão, Data de Julgamento: 17/06/2021, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/06/2021)

Outra questão referente à guarda alternada, trazida inclusive no julgado citado acima, é a confusão desta modalidade com a guarda compartilhada, sendo que elas não são iguais e nem se assemelham, posto que na “guarda compartilhada os pais dividem o cotidiano e a rotina da criança, na guarda alternada procede-se à divisão do tempo da criança entre seus pais em períodos determinados.” (PEREIRA, 2020, 412).

Para ilustrar a questão mencionada anteriormente, cita-se um julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso:

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS C/C OFERECIMENTO DE ALIMENTOS – PENSÃO FIXADA EM 23% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO APELADO – PEDIDO DE MAJORAÇÃO PARA 30% - PEDIDO INVIÁVEL – VALOR RAZOÁVEL - OBSERVÂNCIA AO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - GUARDA – FIXAÇÃO NA MODALIDADE COMPARTILHADA – PEDIDO DE CONVIVÊNCIA ALTERNADA EM IGUAIS PERÍODOS DE TEMPO – GENITORES QUE RESIDEM NA MESMA LOCALIDADE – POSSIBILIDADE - PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO FILHO – PRECEDENTES DO STJ - RECURSO NÃO PROVIDO. Deve ser mantido o valor dos alimentos definido pelo juízo de origem, até que a instrução probatória forneça a segurança imprescindível para uma solução definitiva com base no binômio necessidade/possibilidade. O instituto da guarda compartilhada busca efetivar a igualdade de direitos e obrigações de ambos os pais em relação aos filhos, e estes, quando as condições fáticas forem favoráveis, podem tranquilamente conviver de forma alternada na casa dos genitores, por igual período de tempo, especialmente se residem na mesma localidade. “A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.” (REsp 1251000/MG - Rel. Ministra Nancy Andrigli). Tratando-se de decisão provisória, poderá ser revista a qualquer tempo, desde que venham aos autos elementos de convicção suficientes. (TJ-MT 10094881320228110000 MT, Relator: RUBENS DE OLIVEIRA SANTOS FILHO, Data de Julgamento: 06/07/2022, Quarta Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/07/2022)

Na guarda compartilhada, independentemente de como o tempo de convivência é dividido, ambos os pais continuam a compartilhar as decisões importantes relacionadas à criança, como questões de saúde, educação e outras que envolvem a autoridade parental. Por outro lado, na guarda alternada, embora a guarda

física também seja dividida entre os pais, não há compartilhamento das decisões cotidianas ou das questões importantes na vida do filho, o que diferencia esse modelo da guarda compartilhada.

Passa-se a analisar a guarda nidal, na qual não são os filhos que mudam de residência, como acontece na guarda alternada, ou mesmo na compartilhada, quando há alternância nas residências dos genitores; são os pais que se alternam na residência que ficou para os filhos.

Maria Berenice Dias (2021, p. 386), ao tratar da guarda nidal, destaca que, além de uma harmonia significativa entre os genitores, é necessária uma condição financeira robusta, dado que esse arranjo exige a manutenção de três residências. Nesse tipo de guarda, o filho permanece em uma residência fixa, enquanto os genitores se revezam, mudando-se de acordo com o período estabelecido para a casa onde o filho reside.

Embora não tenha previsão legal no nosso ordenamento, também não há proibição desta modalidade de guarda, podendo ser uma opção de arranjo de convivência no estabelecimento da guarda compartilhada, sendo pouco usado em razão dos aspectos práticos para os pais.

Rolf Madaleno e Rafael Madaleno (2018, p. 104), ao falarem sobre a guarda NIDAL, expõem:

O aninhamento é uma ficção jurídica, um tipo de guarda totalmente impraticável, porque em vez de o menor se deslocar entre as residências dos seus progenitores, tal qual ocorre com a guarda compartilhada e com a guarda alternada, neste modelo, os pais se revezam em períodos alternados de tempo para a morada onde vive o filho. Desta forma, cada um dos pais deveria ter a sua residência individual, e inda uma terceira moradia para acomodar o filho e alternar o tempo de convívio.

Portanto, verifica-se que há outras modalidades de guarda além das previstas no ordenamento jurídico, tal qual como a guarda alternada e nidal, ora tratadas neste tópico, que podem ser fixadas, inclusive o Enunciado 518³⁷ da V Jornada de Direito Civil do Conselho Federal defende esta possibilidade, mas o que deve ser observado no caso concreto são as especificidades de cada família e acima de tudo o melhor interesse da criança e do adolescente envolvido.

³⁷ Enunciado 518: A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família.

3.6 DO DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Após a análise do instituto da guarda, é essencial abordar a convivência familiar, um direito fundamental das crianças e adolescentes, assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 227³⁸, o qual estabelece, entre outros direitos, o dever da família, da sociedade e do Estado, de assegurar a ampla convivência familiar, o qual também tem sido um dos pontos de conflitos familiares com o fim do relacionamentos conjugais.

Além de ser um direito garantido pela Constituição, a legislação infraconstitucional também assegura o direito à convivência familiar, tanto o artigo 19³⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera a convivência um direito fundamental para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, como no artigo 1.589 do Código Civil⁴⁰, embora utilize o termo "visita", o qual deve ser interpretado de forma mais ampla, assegurando a ambos os pais uma participação ativa na vida, na educação, na formação e no desenvolvimento do filho.

O termo visita tem sido superado pela doutrina e jurisprudência, posto que não representa com amplitude o direito dos pais de conviverem, formarem e fortalecerem laços com os filhos, permitindo a atuação dos pais no desenvolvimento dos filhos, justamente o que é garantido constitucionalmente e vai de encontro com os atuais preceitos legais.

Neste ponto, destaca Conrado Paulino da Rosa (2019, p. 478):

A expressão "visitas" passou a ser fortemente criticada à luz dos novos direitos apresentados pela Carta Magna de 1988. No artigo 227, além de enorme gama de direitos inerentes à lógica apresentada pela doutrina da proteção integral, o constituinte elencou, com absoluta prioridade, o dever da

³⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, Constituição Federal, online)

³⁹ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, ECA, online)

⁴⁰ Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária.

O termo "visitar" pode sugerir algo protocolar e formal, mas é importante lembrar que o verdadeiro destinatário desse direito são os filhos. Assim, o tempo de permanência dos filhos com o genitor que não tem o lar de referência, independentemente da forma de guarda, deve ser tratado como convivência, não apenas como uma visita.

A convivência familiar é um direito que garante o relacionamento familiar, a companhia, permitindo que pais participem ativamente do dia a dia dos filhos, contribuindo com a sua formação, exercendo suas responsabilidades parentais.

Oportuno se torna dizer que visita e convivência não são a mesma coisa:

Como já ressaltado, não se confunde direito de visitas com convivência familiar. Visitar é ver alguém periodicamente ir até a casa ou outro local por dever, cortesia ou solidariedade. Conviver é tratar diariamente, coexistir, criar, cultivar, manter vínculo afetivos, essenciais para o desenvolvimento sadio das crianças. (ROSA, 2019, p. 482-483)

O direito de convivência é garantido à criança e ao adolescente, embora aos pais também seja assegurado, pois são eles seres humanos em desenvolvimento e este direito ao lado de outros direitos fundamentais, tais como à saúde, alimentação, educação, lazer, garantem a formação e desenvolvimento sadio, principalmente considerando que a família é núcleo primário da sociedade.

O direito de convivência familiar deve ser respeitado possibilitando que o filho conviva de forma equilibrada com o pai, mãe e famílias extensas, permitindo o exercício da parentalidade em igualdade de deveres e direitos, sendo neste ponto importante ressaltar a importância da guarda compartilhada para garantia deste direito.

Convém ressaltar que o direito à convivência está intimamente ligado ao poder familiar dos pais:

Frisa-se que decorre do poder familiar a obrigação de estar presente no processo de desenvolvimento do filho. Afinal, o poder familiar é um *múnus*, um poder-dever, com conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação a pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. (RAMOS, 2016, p. 116)

Sendo a família o lugar onde o ser humano se desenvolve, a convivência após a separação dos pais não pode ser unilateral, pai e mãe querendo e podendo, devem

participar do processo de formação do filho em igualdade de condições, face aos comandos constitucionais de igualdade previstos nos artigos 5º e 226 § 5º.

A separação dos pais não pode significar para criança uma restrição ao seu direito de convivência familiar. O contato com ambos os pais é extremamente benéfico para o seu desenvolvimento.” (RAMOS, 2016, p. 115)

A convivência familiar, incluindo os núcleos familiares paternos e maternos, é fundamental para a formação da personalidade da criança. Ela permite o desenvolvimento de vínculos afetivos, a participação na construção do caráter, e a transmissão de princípios, valores éticos e morais, que são essenciais na formação integral do ser humano.

Valiosa é a contribuição do Desembargador Jones Figueirêdo Alves (2020), ao afirmar que a vida é um bem e que a convivência representa uma das expressões mais significativas de sua dignidade. Ele ressalta que compartilhar a vida com os outros promove o autoaperfeiçoamento e contribui para o desenvolvimento e expansão existencial do ser humano.

O direito de convivência, sendo um direito fundamental dos filhos, deve ser respeitado independentemente da relação conjugal dos pais. Mesmo diante da ruptura dos laços afetivos e conjugais, ambos os genitores têm assegurado o direito constitucional de convivência com os filhos em condições de igualdade. Esse direito deve ser exercido de forma equilibrada entre os pais, conforme disposto no artigo 1.583, §2º, do Código Civil⁴¹.

Considerando a regra da convivência equilibrada, faz-se necessário observar o Enunciado 606 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho Federal, que diz:

O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

Sob a perspectiva da proteção integral da criança e do adolescente, privá-los de uma convivência saudável com seus ascendentes equivale a dispensar um tratamento negligente, desumano e cruel. Essas formas de atendimento são

⁴¹ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

[...]

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

totalmente incompatíveis com o que é estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal. (ROSA, 2019, p. 480).

No tocante à importância da convivência familiar, incluindo família extensa, está positivado em nosso ordenamento jurídico no parágrafo único do artigo 1.589 do Código Civil, o qual estabelece o direito de convivência dos avós: “o direito de visitas estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou adolescente.”

Vale lembrar que o Enunciado 333 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho Federal reconhece o direito de convivência entre avós e netos, além de outras pessoas com as quais a criança ou adolescente tenha vínculo afetivo: “O direito de visita pode ser estendido aos avós e a pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.”

No mesmo sentido, tem se posicionado a jurisprudência:

DIREITO DE FAMÍLIA. PEDIDO DE REGULARIZAÇÃO DE VISITAS. DIREITO DE CONVIVÊNCIA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO REFORMADA. A convivência entre o infante e seus pais, ou com outros parentes com os quais guarde alguma relação afetiva, deve ser apreciada em sintonia com o princípio da proteção integral. Há de se buscar os melhores interesses dos menores, desconsiderando os conflitos entre os demais membros do núcleo familiar, observando a ótica do princípio do melhor interesse da criança, evitando que percam laços afetivos fundamentais para o desenvolvimento saudável; A legislação brasileira indiretamente assegura às crianças e adolescente seu convívio com seus avôs e avós, tios e tias, primos e etc como direito fundamental do menor, inclusive devendo ser garantido pelo Estado e pelos seus pais, logo o direito à convivência familiar, não se esgotam entre pais e filhos, pelo contrário é extensivo aos familiares; O direito à convivência familiar só não será exercido pela criança se a pessoa colocar a criança, de alguma forma, em risco. Caso contrário, a criança tem o direito de estar inserida dentro de sua família – tanto materna quanto paterna; O direito de visitas não é estanque, podendo ser alterado diante de outras provas acerca da realidade fática das partes; Decisão Reformada. (TJ-AM - Agravo de Instrumento: 4004032-26.2022.8.04.0000 Manaus, Relator: Joana dos Santos Meirelles, Data de Julgamento: 28/11/2023, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 28/11/2023)

Em tempos modernos e globalizados, ainda que pais morem distante, ou mesmo em outro país, o direito de convivência deve ser respeitado, através do uso de ferramentas tecnológicas, tais como ligações e vídeo conferências, através dos diversos aplicativos existentes, como bem coloca Conrado Paulino da Rosa (2019, p. 483): “distância física não é distância afetiva”, e ainda, “o coração tem ferramentas

muito mais poderosas e efetiva do que os eventuais quilômetros que podem separar um filho de seus pais.”

Neste sentido, cita-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

ACÓRDÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE CONVIVÊNCIA. CONTATO VIRTUAL ENTRE PAI E FILHA. PAI RESIDE NOS EUA. INDEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. REFORMA DA DECISÃO. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. O convívio do pai com a filha é essencial para um desenvolvimento e crescimento sadio da criança. Ademais, no caso em tela o contato se dará apenas por meio virtual, uma vez que o agravante reside nos Estados Unidos da América (USA), o que demonstra ainda mais a inexistência do prejuízo à menor. Ainda, em respeito aos princípios que regem a sistemática da proteção das crianças e adolescentes que se amparam no princípio da proteção integral, destaca-se o Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esse postulado traduz a ideia de que diante do caso concreto os aplicadores do direito devem buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança e adolescente. Diante do exposto, entende-se devido o estabelecimento da convivência entre o pai e a filha, por meio virtual, em pelo menos 20 minutos diários como requer o agravante, tendo em vista o melhor interesse da menor. Recurso que se dá provimento. (TJRJ, Agravo de Instrumento n. 0059899-26.2020.8.19.0000, 19ª. CC, Rel. Des. Ferdinando do Nascimento – Julg. 04/02/2021)

Em virtude dessas considerações, cabe dizer que o direito de convivência familiar, garantido constitucionalmente, é essencialmente realizado por meio do contato efetivo entre pais, filhos e a família extensa. Esse convívio não apenas possibilita o exercício da parentalidade responsável, mas também assegura o cumprimento de outros direitos fundamentais das crianças e adolescentes, como a proteção integral, a saúde, a educação e a dignidade da pessoa humana.

4 MEDIAÇÃO COMO GARANTIA AO ACESSO À JUSTIÇA NOS CONFLITOS FAMILIARES DE GUARDA E CONVIVÊNCIA

Neste tópico, será explorada a importância da mediação nos conflitos familiares, de guarda e convivência, por ser um procedimento que através da restauração do diálogo, permite soluções que atendem o interesse das partes, pacificando estas desavenças familiares que surgem ao com o término do relacionamento conjugal, possibilitando a continuidade das relações e garantindo o efetivo acesso à justiça, ponto principal deste trabalho.

4.1 PAPEL DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DE GUARDA E CONVIVÊNCIA

Após abordar a mediação como um meio eficaz de resolução de conflitos, que busca, por meio do diálogo, não apenas encontrar soluções, mas também possibilitar a continuidade das relações entre as partes envolvidas, passa-se a analisar a aplicação desse instituto nos conflitos familiares relacionados à guarda e convivência.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 694, estabelece que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução da controvérsia, devendo o juiz dispor de profissionais de outras áreas do conhecimento para a mediação e conciliação.”

Dessa forma, o próprio diploma processual vigente incentiva o uso da mediação nos conflitos familiares, sendo que o foco de análise neste tópico são as controvérsias familiares relacionadas à guarda e convivência, as quais surgem do exercício da parentalidade após o término da relação conjugal.

Em Portugal, não é diferente. A mediação também é incentivada para solução de conflitos familiares. Veja-se:

No campo sensível do exercício das responsabilidades parentais por progenitores divorciados, separados ou que nunca viveram juntos, a lei privilegia o acordo entre os pais. Este acordo pode ter sido alcançado antes à margem de um processo judicial, por via da mediação ou por outra via, carecendo, contudo, para ser relevante, sempre de aprovação do Ministério Público ou de homologação do juiz. O acordo de regulação deve contemplar as questões da residência do filho, do convívio deste com o progenitor que não resida com ele, dos alimentos devidos, da competência de cada pai para tomar decisões relativas à vida da criança, entre outras. (PINHEIRO, 2017, p. 182)

Com o término do relacionamento conjugal entre os pais, é essencial compreender que o projeto familiar relacionado à parentalidade e ao exercício do poder familiar deve continuar. Para isso, é necessário estabelecer regras claras que orientem essa nova dinâmica.

À vista disso, Fernanda Tartuce (2024, p. 333) dispõe que:

É essencial que os pais se conscientizem de que, embora sejam ex-cônjuges, sempre serão genitores dos filhos derivados da união; estes não podem ser utilizados em eventuais disputas, mas precisam ser preservados de rancores e sentimentos de ruptura, com incentivo a conviver com ambos os genitores para que possam se sentir amados e protegidos mesmo ante o desenlace conjugal.

Com o divórcio, a família se biparte, dando origem a dois núcleos familiares distintos, que precisam compreender essa nova realidade e estabelecer regras que possibilitem a continuidade do exercício do poder familiar ou da autoridade parental, sempre priorizando o melhor interesse dos filhos.

Dessa forma, torna-se necessário definir como será exercida a guarda dos filhos menores de idade, um dos elementos centrais do poder familiar, bem como como se dará a convivência dos filhos com ambos os pais e com as respectivas famílias extensas.

É neste contexto que a mediação familiar se destaca, por ser um meio de solução de conflitos que, a partir da restauração e reestruturação do diálogo, possibilita que as partes envolvidas estabeleçam regras segundo as particularidades da família, atendendo aos interesses de todos, especialmente das crianças e adolescentes.

Nesta esteira, afirmam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenthal (2018, p. 149):

Sem qualquer dúvida, a mediação é instrumento indicado para os conflitos de Direito das Famílias, servindo para arrefecer os ânimos das partes e, ao mesmo tempo, auxiliando na deliberação das decisões mais justas e consentâneas com os valores personalíssimos de cada um dos interessados.

E mais adiante completam:

Em determinados conflitos (como os relativos à guarda e visitação dos filhos), a mediação familiar se apresenta com resultados amplamente favoráveis às partes e ao judiciário, uma vez que, ao indicar um perito para ter contato com as partes, o magistrado sairá da rigidez da ciência jurídica e considerará as

partes como seres em conflito, esvaziando a disputa inesgotável do perd/ganha. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 149)

As causas relacionadas com o Direito de Família requerem sensibilidade, assim quando o artigo 694 do CPC prevê auxílio ao juiz de um profissional multidisciplinar ele permite que o conflito seja dirimido de forma mais efetiva e humanizada, buscando aprofundar nos sentimentos dos envolvidos, analisando todo o cenário do conflito. Sendo que a mediação tem como uma das metodologias a compreensão dos interesses das partes.

A questão da guarda, que envolve decisões importantes relacionadas ao bem estar do filho, a educação, saúde, dentre outras, assim como questões relacionadas ao exercício do poder familiar, ao direito de convivência de com ambos os genitores e suas respectivas famílias, podem ser bem resolvidas e estabelecidas se houver clareza na comunicação, respeito e empatia entre os envolvidos, o que a mediação pode colaborar, pois a mediação visa facilitar o diálogo ou mesmo restaurar quando já perdido.

Com a facilitação do diálogo pelo mediador, os sentimentos das partes podem ser enfrentados e compreendidos, proporcionando um espaço adequado para a reflexão. Isso permite que os envolvidos deixem o passado e se reorganizem para o futuro, criando regras que assegurem a continuidade das relações e o cumprimento de suas responsabilidades junto aos filhos de criar, educar e direcionar para o futuro.

Normalmente, enquanto existe a relação conjugal, os pais, mesmo tendo divergências no tocante à forma de exercer as responsabilidades parentais, conseguem através do diálogo lidar com essas diferenças e encontrar uma forma de resolver os impasses, mas com o fim do relacionamento conjugal estes impasses tornam conflitos que na maioria das vezes vão parar no judiciário, levando os filhos a passarem por etapas judiciais dolorosas, ou mesmo usando os filhos como moeda de troca, ficando o melhor interesse deles, que deveria ser privilegiado sem qualquer olhar e atenção.

Após o divórcio ou dissolução de uma união, não é fácil para os adultos conseguirem chegar a composições que estabeleça o melhor arranjo de guarda e regras de convivência, quando eles querem o filho presente em suas vidas. Assim, muitas vezes se socorrem no judiciário, terceirizando esta decisão, a qual na maioria das vezes não satisfaz, posto que o juiz um terceiro, embora tenha cautela em decidir

ações, muitas vezes não consegue alcançar as particularidades e subjetividades da família, não sendo a decisão proferida satisfatória para nenhuma das partes.

Assim tem a mediação um papel importante nesses conflitos que envolvem guarda e convivência, conforme observa Anna de Moraes Salles Beraldo (2016, p. 155)

Diferente do processo judicial em que são advogados que falam pelas partes e o magistrado é quem decide, na mediação são os pais os protagonistas das decisões, sem qualquer interferência, afastando assim, possíveis mal-entendidos. Por isso, quando os próprios genitores conseguem estabelecer um plano de guarda, essa decisão tende a durar mais e ser mais flexível com as adaptações necessárias ao longo do tempo.

À medida que os pais conseguem redimensionar o conflito, superando suas diferenças e separando-as das decisões parentais, separando parentalidade de conjugalidade, tornam-se capazes de encontrar arranjos de guarda e convivência que priorizam os interesses dos filhos.

Pais dispostos a cooperar diante da nova realidade imposta pela dissolução da união ou divórcio tendem a desenvolver arranjos mais flexíveis, enquanto aqueles em conflito costumam estabelecer arranjos mais rígidos. O ideal, no entanto, é buscar um plano de convivência que proporcione aos filhos o contato com ambos os genitores e com os demais familiares, como avós, tios e primos, além de definir a forma de exercício da guarda que seja mais benéfica para a criança ou adolescente.

Neste sentido, a mediação pode ser uma excelente ferramenta, já que não é invasiva e respeita os sentimentos e visões dos envolvidos. A mediação busca um novo olhar, que coloca o melhor interesse dos filhos em primeiro lugar evitando que as desavenças levem a decisões que prejudique os filhos. (BERALDO, 2016, p. 156).

Os pais são os que melhor têm condições de criar opções e chegarem juntos a uma solução que melhor atende os interesses dos filhos envolvidos, pois conhecem as necessidades deles a fundo, assim como a realidade familiar. Contudo, diante do rompimento do relacionamento conjugal, com o desgaste do término, o diálogo pode acabar, dando lugar a sentimentos de raiva, ressentimento, vingança, surgindo aqui a necessidade e a importância da mediação familiar, para que um terceiro facilite e resgate o diálogo permitindo que as partes construam junto a melhor solução para a família.

Através da mediação, é possível estabelecer um acordo que estabeleça a forma de guarda e regras para o seu exercício em benefício do filho, também é possível a estabelecer regras de convivência que atenda efetivamente o direito de convivência familiar garantido ao filho pela Constituição Federal, atendendo o seu melhor interesse e garantindo sua proteção integral.

4.2 MEDIAÇÃO E GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada possibilita a participação de ambos os pais na criação e cuidado dos filhos, possibilitando a manutenção dos vínculos, o que beneficia o desenvolvimento físico, emocional e psicológico dos filhos, como também possibilitada o exercício do poder familiar em igualdade, evitando hierarquia entre os genitores, “posse do filho” por um dos pais, bem como o uso deste filho como moeda de troca.

Em razão dos seus benefícios a guarda compartilhada é a regra legal, como foi exposto em tópico anterior, pois faz cumprir os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e sua proteção integral, garantindo aos filhos seguir tendo ambos os pais presentes, diminuindo angústias e sofrimentos decorrentes da separação dos genitores.

Para que a guarda compartilhada seja exercida efetivamente, faz-se necessário o diálogo entre os pais, para que consigam dar sequência ao projeto parental em conjunto. A guarda compartilhada exige compromissos, como doação de tempo para os cuidados básicos, aceitar sugestões, delegar tarefas, reforçar medidas e condutas do outro cônjuge e tudo isso deve ocorrer sem que crises entre os pais se desenvolvam, o que pode ser particularmente desafiador para muitos casais que, após o término da relação conjugal, encontram-se desestruturados.

Como observa Rosane da Rosa Cachapuz, (2003 [2011], p. 69):

O casal, quando se encontra desestruturado, passa a ter uma linguagem totalmente agressiva, moldada em dores, sofrimentos, mágoas, desrespeito, como se toda a vida tivesse ocorrido dessa forma, sem que em nenhum momento houvesse tempos felizes, de afeto, compreensão e entendimento. O enfoque é apenas para os pontos divergentes.

Neste aspecto, a mediação surge como ferramenta de facilitação para o estabelecimento e desenvolvimento da guarda compartilhada, posto que a mediação

tem como objetivo o diálogo entre as partes seja restaurando ou continuado, permitindo a continuidade da relação parental ainda que a conjugal tenha se rompido.

Nesses casos, o objetivo da mediação é a facilitação da comunicação para a construção de alianças entre os pais, para que a guarda compartilhada seja exercida de forma flexível, possibilitando rearranjos rotineiros, de acordo com as mudanças de circunstâncias. Assim, os filhos têm mais liberdade e seus desejos são ouvidos, e não ignorados, como ocorre nos arranjos rígidos. (BERALDO, 2016, p. 157)

A mediação, no tocante ao estabelecimento da guarda e seu exercício, auxilia os pais de forma cooperativa e através do diálogo, a construir regras a partir da dinâmica da família, da realidade do núcleo familiar, possibilitando uma divisão de tempo adequada, equilibrada, onde ambos os pais possam participar da vida e dos cuidados com os filhos, fazendo com que os pais estabeleçam regras para o um novo futuro, diante da separação, buscando o bem-estar do filho, priorizando o melhor interesse do filho e não as diferenças que muitas vezes levaram ao fim da relação conjugal.

Cada um dos genitores precisa incentivar o papel parental do outro e não frustrar ou impedir. Os pais não devem fazer os filhos terem de escolher um ou o outro; pelo contrário, os filhos devem se sentir amados e livres para conviver com ambos os genitores. Neste sentido, a mediação tem um papel importante no momento de serem determinadas a guarda e as regras para o seu exercício, em razão da ruptura do relacionamento conjugal ou convivencial.

Na mediação, o mediador ajudará o ex-casal, agora par parental, a superar as diferenças, irá “caminhar com as partes, mostrando-lhes que um dia eles se apaixonaram e foram felizes, e sempre é tempo de resgatar bons sentimentos, que podem estar apagados.” (CACHAPUZ, 2003/2011, p. 70).

A mesma autora também reforça que é tarefa do mediador possibilitar o resgate da dignidade humana e o entendimento, auxiliando as partes a traçarem novos caminhos, redefinindo os papéis de cada um na relação após a separação, enfatizando os direitos e deveres referente a paternidade e maternidade. (CACHAPUZ, 2003/2011, p. 141).

A mediação ajuda os pais no exercício da corresponsabilidade parental, após o rompimento do vínculo conjugal; mas, para tanto, os pais precisam querer e ter comprometimento entre si de fazer a separação o menos traumática possível para os

filhos. “A mediação facilita o entendimento entre os pais, pois busca privilegiar os interesses dos filhos e não a disputa dos pais.” (BERALDO, 2016, p. 158).

Como se observa, para que a mediação seja um método eficaz é necessário que ambos os pais queiram colaborar, no exercício da guarda compartilhada, participar e se dedicar na busca de uma comunicação que busque o melhor interesse dos filhos, que possibilite um novo olhar para o conflito, buscando soluções para construção do futuro, evitando maiores dores e traumas, face ao rompimento conjugal, principalmente para os filhos envolvidos.

Cabe ressaltar, no entanto que a mediação não é a salvação para todos os males. Em alguns arranjos familiares, ela não funciona. Para que a mediação seja efetiva, é necessário um exercício constante de escuta qualificada do outro genitor em sua verdadeira parceria entre os pais. (BERALDO, 2016, p. 157)

Após o término do relacionamento conjugal, os pais não podem tratar os filhos como objetos ao determinar a forma de guarda e as regras para seu exercício. Mesmo que a guarda compartilhada seja estabelecida, é fundamental reconhecer que a divisão de tempo não precisa ser exatamente igual, caso isso não seja viável. Os pais devem deixar de lado as disputas e os motivos que levaram ao fim do relacionamento, evitando usar os filhos como moeda de troca nesse processo. Priorizar o bem-estar das crianças deve ser o foco principal em todas as decisões.

Gisele Câmara Groeninga (2015), no sentido do uso das crianças em processos judiciais, assim pontua:

A época do desfazimento do casal conjugal é bastante delicada quanto ao rearranjo dos vínculos, das emoções e dos lugares que cada um ocupa na família. E, muitas vezes, pode ocorrer algum nível de confusão e mesmo de inversão, quando se dá uma tentativa de substituição afetiva da perda do par adulto, trazida pelo divórcio ou dissolução da união estável, pelo vínculo com os filhos. Não raro, estes passam a ganhar um lugar central, não tanto em função de seu superior interesse, como seria desejável, mas como se adultos fossem, e muito mais em função de aspectos inconscientes e para compensar para o adulto o par perdido, ocupando simbolicamente o lugar daquele que agora falta. E mesmo os ressentimentos podem encontrar lugar, indevido é claro, no uso que é feito dos filhos, no seio dos processos judiciais. Clara, também nestas situações, a perda da dimensão do lugar e da fragilidade da infância.

Os pais devem respeitar os direitos dos filhos, que não são meros objetos, mas sujeitos de direitos, os quais têm prioridade perante a lei em relação aos interesses dos adultos envolvidos. Portanto, todo arranjo de guarda deve ser estabelecido com

o objetivo de atender ao melhor interesse das crianças, e não ser influenciado por disputas, mágoas, diferenças ou desentendimentos entre os pais

Ao se estabelecer a guarda compartilhada, o tempo do filho com cada genitor, conforme a lei determina⁴², deve-se estabelecer de forma equilibrada, para que ambos os pais participem dos cuidados, da vida do filho, mas não sendo possível, o que se deve ter em mente, é possibilitar a participação do outro de forma adequada, para que ele consiga dar afeto, amor e direcionamento, permitindo ambos exerçam o poder familiar, sem privações e com contribuição efetiva nas decisões, na formação e desenvolvimento sadio do filho, sem ser usada o filho para negociações.

Segundo Luciana Salvador e Giovana Munhoz da Rocha (2022, p. 25), “casais com filhos, mesmo com todas as mágoas e emoções que não estão ainda elaboradas, precisam continuar a ter contato um com o outro e ainda trabalhar juntos em prol do filho, tarefa que muitas vezes é desafiadora.”

Outro ponto importante no estabelecimento da modalidade de guarda que será exercida é considerar a opinião dos filhos. Os pais, ao dialogar sobre este ponto, ao construir a melhor solução, como a família dever seguir após o divórcio ou dissolução de uma união, devem considerar a vontade dos filhos, o melhor interesse dos filhos.

Vale dizer que não é fazer o filho escolher, colocar o filho envolvido no conflito e fazê-lo resolver, impondo-lhe uma escolha entre um dos genitores, mas é considerar a opinião dele, respeitando a idade e grau de discernimento para compreensão do que está acontecendo e será decidido entre o casal; é dar chance ao filho de participar da construção de decisões que irão afetar a própria vida.

Afinal, toda e qualquer decisão que envolva crianças e adolescentes deve ser tomada com base no seu melhor interesse. O poder familiar deve ser exercido com base no melhor interesse dos filhos, não sendo eles meros objetos.

Se a passagem do pátrio poder ao poder familiar marcou a superação da desigualdade conjugal, elevando a posição da mulher nas interações familiares, o tratamento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos evidenciou a bilateralidade das relações paterno-materno-filiais, descabendo

⁴² Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

a mera sujeição dos filhos ao poder decisório dos pais. (XAVIER e COLOMBO, 2019, p. 39)

Tendo em vista que a mediação busca uma mudança de paradigma, sendo um meio de solução de conflitos, no qual as próprias pessoas envolvidas buscam resolver seus conflitos, realizando suas próprias escolhas, construindo a solução mais viável e que agrada melhor os interesses de todos os envolvidos, incentivando o uso da autonomia dos mediandos, deixando de lado os ressentimentos, o interesse de todos os envolvidos deve ser considerado na busca na solução da controvérsia.

Em relação à mediação, Maria de Nazareth Serpa (1998, p. 58) destaca a importância de os pais refletirem sobre o plano que pretendem adotar para dar continuidade à criação dos filhos. Nesse contexto, o mediador deve fazer perguntas como: “Que planos de paternidade vocês podem desenvolver em conjunto para continuar o trabalho de educação e amor com os filhos?” Essa pergunta leva os pais a focarem na criação conjunta de um plano de ação para o futuro, deixando de lado as questões passadas.

A mediação, ao contrário dos processos judiciais, que muitas vezes são carregados de animosidade, raiva e vingança, e onde um terceiro decide a disputa, promove e facilita o diálogo entre as partes, possibilita a construção de soluções voltadas para um futuro melhor, preservando as relações e ajudando a superar o passado e os sentimentos negativos decorrentes do término do relacionamento conjugal. A mediação auxilia na continuidade do projeto parental, no estabelecimento da guarda, na definição das regras e no exercício compartilhado dessas responsabilidades, sempre em benefício dos filhos.

4.3 MEDIAÇÃO PARA AUXILIAR AS REGRAS DE CONVIVÊNCIA

Com o fim do relacionamento conjugal, existindo filhos, a família não acaba, permanecendo o vínculo parental entre pais e filhos, devendo ocorrer, além da fixação da guarda, como verificou-se anteriormente, o estabelecimento de como se dará a convivência dos filhos com ambos os genitores e respectivos familiares, tendo a mediação um papel importante neste momento, como será analisado neste tópico.

O artigo 1579⁴³ do Código Civil, estabelece que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais, tendo a criança e o adolescente o direito de ser cuidado por ambos os pais e de ter convivência familiar.

O direito de convivência, que é um direito do filho, tem previsão constitucional⁴⁴, bem como no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁵, o qual garante que a criança e o adolescente, independentemente da situação conjugal dos pais, que tenham ambos os pais presentes em suas vidas. Permite que os filhos sigam sendo amados e cuidados por ambos os pais, garantindo a presença de ambos os genitores na sua formação e no desenvolvimento físico, emocional e psicológico sadio.

Rozane da Rosa Cachapuz (2011, p. 139) pontua que a formação da criança começa com concepção, com a interação dos pais, e que o afeto sentido pelos filhos deste a tenra idade possibilita a criança ter uma formação sadia, levando a construção de um ser humano equilibrado.

A convivência familiar, portanto, é essencial para a formação do ser humano, sendo importante que os pais trabalhem em cooperação, para que as regras que serão determinadas, atendam efetivamente o melhor interesse dos filhos, bem como acolha a dinâmica da família. Pais precisam ter comprometimento ao fixar as regras de convivência, bem como de cumpri-las, e ainda, de não usar os filhos e permitir que eles desfrutem da companhia de ambos os pais e familiares com liberdade.

O bom relacionamento entre os genitores é essencial para que o direito de convivência seja planejado, bem como exceções sejam realizadas sem gerar brigas e maiores conflitos. “Quando os pais têm dificuldades de se comunicar, há complicações em estabelecer e aderir ao plano de convivência e organizar mudanças de horários.” (BERALDO, 2016, p. 160).

Quando não há boa comunicação entre os pais as crianças também se sentem inseguras de comentar o que fez na casa do outro, ou mesmo de manifestar o desejo de uma convivência ou apenas a alteração da regra em uma situação específica, ficando muitas vezes insatisfeito com a convivência, mas sem falar, com receio da

⁴³ Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

⁴⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴⁵ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral

interpretação que sua opinião terá pelo genitor, que por exemplo teve algumas horas da sua convivência diminuída.

Assim, torna-se a mediação, uma excelente ferramenta para os pais, para fixação das regras de convivência, pois através do diálogo, o mediador auxiliará as partes a encontrarem os melhores arranjos de convivência, considerando a realidade das famílias, a idade de cada filho, os locais de residências dos pais, horário de escola e atividade extras, profissão e horário de trabalho dos pais, dentre outros fatores, buscando sempre o melhor interesse dos filhos.

Como a mediação busca restaurar e incentivar o diálogo entre as partes, elas também estarão aptas a resolver posteriormente as exceções, a flexibilizar as regras frente ao dia a dia a vida dinâmica da família.

As regras de convivência devem ser estabelecidas de forma a beneficiar as crianças e adolescentes, dando inclusive abertura para eles se manifestarem, dentro da capacidade etária, sendo que um “contato que não funciona traz um fardo tanto para as crianças como para os adultos e pouco, se algum benefício.” (BERALDO, 2016, p. 162).

Na mediação as partes não atuam como adversários, mas sim como corresponsáveis pela solução, juntos irão buscar uma solução que melhor atenda os interesses dos envolvidos, as próprias partes, auxiliados pelo mediador, irão discutir, refletir sobre a controvérsia para então compor a disputa.

A mediação possibilita a autocomposição com o auxílio de um terceiro, o mediador, que tem função especial de conduzir o diálogo, de desarmar as partes dos sentimentos ruins para conseguirem dialogar e chegarem a uma solução.

Importante para família, no momento da separação, contar com auxílio de profissionais que possam ajudar o casal a lidar com todas as questões de uma maneira que seja menos sofrida, que gere menos consequências nos filhos, principalmente pontuando que o fim da conjugalidade não pode interferir na outra relação que eles têm e que não acaba como fim do relacionamento, que é a relação de parentalidade, ou seja, o projeto conjugal acabou, mas o parental precisa continuar.

Na mediação familiar importará atender ao interesse da criança. Até porque grande parte das decisões tomadas pelos adultos, no seio de mediação familiar, refletir-se-ão inevitavelmente nas crianças, quando estas existam. E muitos dos aspectos de discórdia entre os mediados com filhos em comum serão, justamente, em torno destes. Como tal, cabe à mediação encontrar a

melhor resposta possível para as partes nunca descurando interesse da criança que terá de ser acautelado. (CRUZ, 2018, p. 90)

Nessa esteira, Anna de Moraes Salles Beraldo, traz a como a mediação pode auxiliar nos arranjos de convivência, trazendo alguns elementos que facilitam o contato:

[...] desagregação das suas necessidades com a dos filhos; reconhecimento das necessidades do outro genitor e do relacionamento entre ele e os filhos; entender a perspectiva do outro; sensibilidade com o sentimento do outro; concordância dos encargos e restrições do outro genitor; comprometimento na facilitação do contato; aceitação das diferenças no estilo de parentalidade; abordagem não acusatória do conflito; habilidade de conversar sobre as questões, renegociar arranjos e limites. (BERALDO, 2016, p.162)

Portanto, a mediação é uma via que contribui para o estabelecimento de regras de convivência e para o planejamento das relações entre pais e filhos após a dissolução do vínculo conjugal. Embora essa tarefa seja desafiadora, a mediação, ao promover a comunicação, o diálogo e o foco no bem-estar dos filhos, oferece uma oportunidade para que as famílias alcancem soluções harmoniosas e bem-sucedidas, que atendam aos melhores interesses de todos os envolvidos.

4.4 CONCEITO E EVOLUÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

Antes de se abordar o tema central deste trabalho, que explora a mediação nos conflitos de guarda e convivência e o efetivo acesso à justiça, é necessário refletir sobre alguns aspectos fundamentais relacionados ao atual conceito de acesso à justiça. Essa reflexão é essencial para contextualizar a importância da mediação como meio eficaz na resolução dos referidos conflitos familiares.

O acesso à justiça é um tema amplamente discutido há muito tempo, especialmente no que se refere ao efetivo exercício desse direito fundamental, previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV, como princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como direito de ação.

Contudo, o debate atual vai além da simples garantia de acesso ao Judiciário para a solução de direitos lesados ou ameaçados. Busca-se, sobretudo, assegurar um acesso à uma ordem jurídica justa, que ofereça ao cidadão meios legais para buscar a tutela jurisdicional de forma eficiente e adequada aos seus anseios.

A evolução da sociedade, das relações humanas, a globalização e o avanço tecnológico trouxeram uma multiplicidade de conflitos o que requer mais de um meio de resolução. Não é mais viável pensar no Judiciário, através da adjudicação da solução pela autoridade estatal, como o único caminho para a solução de todas as controvérsias. É necessário oferecer à sociedade outros mecanismos, como a mediação, conciliação, arbitragem, entre outros meios legais.

O direito de acesso à justiça, em sua concepção moderna, vai além do simples acesso ao Judiciário. Trata-se, fundamentalmente, do direito de acesso a uma ordem jurídica justa, o que significa garantir a todos os cidadãos meios adequados para a efetiva realização dos direitos pleiteados.

4.5 CONCEITO E EVOLUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe direitos individuais e coletivos, bem como meios para garantir estes direitos, estabelecendo no artigo 5º Inc. XXXV, que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Referido artigo trata do princípio do acesso à justiça, da inafastabilidade da jurisdição, principal garantia dos direitos sociais e individuais, portanto acesso à justiça é um direito fundamental constitucional.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Maria Maria Martins Silva Stancati (2016, p. 19) dizem que:

O acesso à Justiça é direito social básico dos indivíduos, direito este que não deve se restringir aos limites do acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal; deve, sim, ser compreendido como um efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988-2023, p. 8), ao falar sobre a definição de acesso à justiça, enfatizam que para nossa sociedade moderna, uma premissa básica no que tange a justiça social, pressupõe um acesso à justiça efetivo, e assim colocam:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Com a evolução da sociedade e décadas de aplicação do princípio do acesso à justiça, fez-se necessário aperfeiçoá-lo para garantir maior efetividade, deixando de ser a prestação jurisdicional, através de decisões proferidas em processo, a única via para proteção dos direitos da sociedade.

A efetivação do direito de acesso à justiça, “coroamento do Estado do direito”, em expressão utilizada por Canotilho, pressupõe a disponibilização de meio justo e adequado à solução do litígio, o que diz com sua eficácia, expandindo-se para além do jogo formal do processo – reduzindo a formalidades e pressupostos processuais – e assumindo o caráter instrumental à garantia efetiva do direito material. Em paralelo ao direito fundamental do cidadão, há o dever do Estado de garantir acesso efetivo e adequado à justiça, pois detém o monopólio da jurisdição e o dever de manter a paz social. (TOFFOLI e PERES, 2021, p. 45)

A necessidade de aperfeiçoar o princípio do acesso à justiça, ampliando-o para além do simples direito do cidadão de ingressar com uma ação no Judiciário e tê-la apreciada, ou seja, de levar uma pretensão ou afirmação de direito ao Judiciário em busca de uma solução, teve sua origem na cidade de Florença, Itália, em 1971. Esse avanço surgiu no contexto do Projeto Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que deram início a estudos fundamentais para a evolução desse conceito.

Seguindo as preocupações levantadas, no notável estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, três ondas foram observadas no sentido da efetividade do acesso à justiça: a) a primeira rompeu o obstáculo econômico na fruição dos direitos humanos, o que se viabilizou pela assistência judiciária gratuita para as pessoas de baixa renda; b) a segunda teve por objetivo combater o obstáculo organizacional, possibilitando a defesa de interesses de grupo, difusos ou coletivos, por meio das ações populares ou coletivas; c) a terceira onda teve como finalidade combater o obstáculo processual de acesso à justiça, mediante a expansão e o reconhecimento dos direitos humanos, por todos os meios que reduzam o acúmulo de demandas junto aos sistemas judiciários, bem como a busca de soluções efetivas e pacificadoras.

Assim, pode-se dizer que inicialmente nos preocupamos apenas com o acesso à justiça, como forma de buscar no judiciário uma solução, depois passamos a buscar um acesso à justiça efetivo, questionar o caráter instrumental da jurisdição, após entendemos que temos outras formas de solução de conflitos que não só o judiciário, que podem ser mais adequados e efetivos para certas situações.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988-2023, p. 67- 68), ao falarem sobre a terceira onda de reforma, relacionada ao acesso à justiça, explicam que:

Ela centra sua atenção no conjunto general de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós denominamos “o enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência. Seu conteúdo não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Há vários instrumentos a disposição da sociedade. Acesso à justiça não se confunde com acesso exclusivo ou primário ao judiciário. Assim, fixada a premissa de que a jurisdição não está atrelada unicamente ao Poder Judiciário, é possível reconhecer legitimidade aos meios desjudicializados de solução de conflitos. (Pinho e STANCATI, 2016, p. 44).

Portanto, o artigo 5º Inciso XXXV da Constituição Federal, que traz o princípio do acesso à justiça, também conhecido inafastabilidade da jurisdição, deve ser interpretado de forma ampla, não só não permitindo a inafastabilidade de apreciação de uma pretensão, de um direito afirmado, mas buscando e incentivando outros mecanismos de solução de conflitos, ainda que não jurisdicionais.

Do mesmo modo, não afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a possibilidade – que, nos termos dos §§ 2º. E 3º. Do CPC, deve mesmo ser estimulada – de emprego de meios de solução consensual dos conflitos, com a conciliação e mediação. Estes são meios que, além de consensuais, devem ser considerados como os mais adequados para a solução de diversos tipos de conflitos, como o de família de vizinhança ou societários. Certo é, porém, que nem todos os litígios serão resolvidos por via do consenso. Daí a necessidade de se ter garantido o acesso à justiça. (CÂMARA, 2022, p. 53-54)

Assevera Fernanda Tartuce (2024, p. 72) que a realização da justiça pode se dar de outras formas, que não só através da imposição de uma decisão pelo judiciário:

Assim, a realização da justiça pode se operar pela autotutela (nos limites em que é permitida), por conta da autocomposição (quando as partes resolvem um impasse consensualmente) ou pela imposição da decisão por um terceiro, tenha este sido eleito pelas partes (o árbitro) ou escolhido pelo Estado (o magistrado)

Observa-se que o acesso à justiça não pode ficar limitado ao acesso ao judiciário, ele deve ser entendido no contexto atual, que busca uma solução justa, adequada e eficiente para aquele que tem um direito lesado ou uma ameaça a direito.

O Estado deve garantir a todos os cidadãos e incentivar o uso de meios alternativos de solução de conflitos, deixando de ser o judiciário, as demandas judiciais a única forma de solução.

Portanto, o acesso à Justiça deve ser compreendido, como a possibilidade de alcançar uma solução para a pretensão buscada, tanto por intermédio do judiciário quanto pelos meios alternativos de solução de conflitos de interesses, de forma tempestiva, adequada e eficiente.

4.6 A LEGISLAÇÃO NO TOCANTE AO ACESSO À JUSTIÇA

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, sem dúvida, assegura a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça, definindo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, estabelecendo assim o princípio do acesso à justiça no Brasil.

Mas só o judiciário, através da jurisdição, ato de dizer o direito ao caso concreto, dar uma solução ao litígio sem a preocupação de que haverá satisfação e pacificação das partes, não é suficiente para o devido acesso justiça, conforme discorrido no tópico anterior.

Assim, tem importante relevância o Código de Processo Civil de 2015, ao trazer e incentivar o uso dos meios consensuais de solução de conflitos, sendo que no artigo 3º. Do Código de Processo Civil⁴⁶ há expressa contemplação do princípio do acesso à justiça e sua vinculação aos meios consensuais.

Muito embora o Código de Processo Civil tenha trazido expressão próxima à da Constituição Federal ao falar do acesso à justiça, uma leitura mais atenta revela a sutileza do comando infraconstitucional oferecendo uma garantia mais ampla, não restrita ao Poder Judiciário, a quem é entregue o dever de prestar a jurisdição, como um monopólio. Quando o artigo 3º. do Código de Processo Civil se refere a apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e sua forma impositiva de resolver conflitos, ele traz outras possibilidades, outras formas positivas de composição, buscando o

⁴⁶Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores. (PINHO e STANCATI, 2016, p. 20).

Assim, o Código de Processo Civil tem como base ideológica privilegiar o acesso à justiça de acordo com seu novo conceito, considerando que não só o judiciário, através de suas decisões, tem a função de solucionar conflitos, mas que há outros meios de solução de conflitos que deve ser colocado à disposição da sociedade e incentivado o seu uso.

Após o advento do Código de Processo Civil de 2015, tivemos a edição da Lei de Mediação Lei 13.140/2015, que também veio concretizar a importância dos meios consensuais de solução de conflitos, sendo importante ressaltar que antes da edição destas leis editadas em 2015, no Brasil já era incentivado o uso de meios consensuais pela Resolução n. 125/2010.

Na esfera jurídica, as citadas leis e Resolução acolheram a atualização do conceito de acesso à justiça, como elucida Kazuo Watanabe (2019, p. 110), posto que estabelecem que o papel do Judiciário não se limita a solução dos conflitos através da sentença a ser proferida, método clássico adjudicatório, cabendo-lhe incentivar todos os meios adequados de solução de controvérsia, em especial os métodos de solução consensual de conflitos, oferecendo e organizando a oferta destes métodos.

Destaca-se que ainda há muito a evoluir, pois a cultura de recorrer ao Judiciário por meio de ações litigiosas continua sendo o meio de resolução de conflito mais utilizado no Brasil. No entanto, já foram feitos avanços significativos em termos de legislação para apoiar os meios alternativos de resolução de conflitos. Agora, cabe a todos os agentes do direito, magistrados, Ministério Público, advogados, empresas, o Estado e a sociedade em geral, adotar as vias de pacificação e utilizar os demais meios disponíveis no nosso ordenamento jurídico para a solução de controvérsias.

De fato, hoje é incabível falar-se unicamente em acesso ao Poder Judiciário. O acesso hoje é direcionado aos sistemas multiportas, de forma que o acesso à estrutura judiciária passe a ser qualificado. Cabe, a nós, operadores do direito, disseminar essa verdadeira cultura da pacificação, referida por Kazuo Watanabe, ressignificando o acesso à justiça, por meio da valorização da jurisdição voluntária extrajudicial e dos meios consensuais e adjudicatórios de solução de conflitos. Trata-se, portanto de atribuir eficácia horizontal ao direito fundamental à tutela jurisdicional, que agora deve ser compreendida a partir de cinco predicados: acessível, instrumental, efetiva, adequada e pacificadora. (PINHO, 2019, p. 265)

Assim, é importante destacar que o Código de Processo Civil, a Lei de Mediação, a Resolução 125 do CNJ, reforçaram o conceito contemporâneo de acesso à justiça, que não se limita ao simples acesso ao Judiciário por meio da propositura de ações, mas abrange uma abordagem mais ampla na busca pela solução de conflitos.

Há muito a caminhar, mas o Código de Processo Civil⁴⁷ é um auxílio importante na efetivação e disseminação do uso dos meios consensuais como solução de conflitos, que não exclui os meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição tradicional, via sentença judicial), cabendo aos operadores do direito propagar essa verdadeira cultura de paz por meio da valorização dos meios consensuais de solução de conflitos.

4.7 DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA EM QUESTÕES FAMILIARES

Os conflitos familiares são marcados por uma série de particularidades e subjetividades inerentes ao núcleo familiar em questão. A dinâmica familiar, o modelo de entidade familiar, que hoje abrange diversas formas, como famílias matrimoniais, monoparentais, reconstruídas e homoafetivas, a quantidade de filhos, os sentimentos dos envolvidos, entre outros fatores, tornam os conflitos familiares ainda mais complexos. Essa complexidade muitas vezes dificulta a obtenção de uma solução adequada e efetiva dentro de um processo litigioso.

Gisele Groeninga (2011, p. 63), ao discorrer sobre a noção de conflito, afirma que “sob a ótica da Psicologia e da Psicanálise, o conflito é mola propulsora da vida e das relações familiares, sobretudo nas crises decorrentes das mudanças em seu ciclo vital.”

Diante da complexidade dos conflitos familiares, garantir o cumprimento do princípio do acesso à justiça torna-se um desafio ainda maior do que em outras controvérsias. Isso reforça a necessidade de se recorrer a formas alternativas de resolução de conflitos além do Judiciário, indo além do mero exercício do direito de ação para pleitear uma decisão judicial.

Ada Pellegrini Grionver (2007) assim dispõe no tocante a sentença imposta pelo juiz:

⁴⁷ Quanto ao número de sentenças homologatórias, houve aumento ao longo de 8 anos na ordem de 32,2%, passando de 3 milhões sentenças homologatórias de acordo, no ano de 2015, para 4 milhões, em 2023. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 386,5 mil sentenças homologatórias de acordo (10,8%). (CNJ, 2024)

A sentença imposta pelo juiz não pacifica as partes: sempre haverá uma delas – ou mesmo frequentemente as duas – “descontente com a decisão do juiz e recalcitrante sem seu cumprimento”; para a autora, o comprometimento da pacificação ainda é agravado pelo decurso do tempo do processo.

A falta de pacificação nas demandas familiares, gera a propositura de diversas ações judiciais referentes ao núcleo familiar em crise, sendo que as decisões proferidas geram recursos. Além das dificuldades encontradas para o cumprimento dos comandos judiciais, que muitas vezes não acontecem gerando novas demandas.

Além do fato das decisões judiciais não conseguirem atender as particularidades do caso concreto, também precisamos ressaltar a questão da demora dos processos judiciais, face a quantidade de processo, falta de estrutura, dentre outros aspectos, o que aumenta os custos para partes envolvidas, não só financeiro, mas também emocional.

A demora na solução de um conflito familiar pode levar a perdas de bens, gastos extraordinários com despesas processuais, assim como perdas emocionais imensuráveis, como rompimento de laços afetivos, exposição a sentimentos de dor, perda, raiva, revitimização, dentre outras situações que levam a danos emocionais e psicológicos, muitas vezes irreparáveis.

Outro agravante ao cumprimento do acesso à justiça nos casos de família, é a questão do cumprimento do comando judicial, uma situação importante a ser considerada. Muitas vezes, ainda que a parte tenha uma decisão favorável, após anos de litígio, não consegue fazer com que a outra parte cumpra o que foi determinado pelo judiciário. O famoso ditado popular “ganhou mais não levou.”

Considerando todo este cenário, surgem as técnicas diferenciadas de tratamento do conflito, como alternativa à decisão judicial, que tem várias expressões clássicas que a nomeiam, e que tem grande relevância para o dos litígios familiares. Fala-se em *alternative dispute resolution* (usando a sigla, no plural, ADRs), resolução alternativa de disputas (na sigla em português “RAD”) e meios alternativos de solução de conflitos (na sigla em português “MASCs”) (TARTUTEC, 2024, p. 142).

É importante destacar que a nomenclatura inicialmente utilizada, “meio alternativo”, sugere que a via jurisdicional estatal é o mecanismo padrão para a resolução de conflitos, enquanto os demais seriam apenas opções alternativas. Hoje em dia, o termo mais utilizado é “meio adequado.” No entanto, mais relevante do que a terminologia é o fato de que o surgimento de diversos mecanismos para resolver

controvérsias, seja como "alternativos" ou "adequados", trouxe significativos benefícios para a resolução de conflitos familiares.

Entre os meios adequados de solução de conflitos, temos os consensuais, conciliação e mediação, já percorridos anteriormente neste trabalho, os quais permitem que as partes participem da construção da solução, possibilitando que interesses sejam atendidos, maior rapidez na solução e facilidade de cumprimento.

Preciosa é a contribuição de Cândido Dinamarco (2013, p. 197), ao falar dos meios consensuais de resolução de conflitos, expondo que o objetivo jurídico de atuação da lei passa a plano secundário, sendo a maior preocupação pacificar, que deve ocorrer, ainda que se chegue a um resultado diferente da vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto já antes definido.

Farias e Rosenvald (2018) observam que, reconhecendo o alto nível de litigiosidade nas demandas familiares, as quais são fortemente influenciadas pela afetividade e pela alta carga emocional, o Código de Processo Civil de 2015 dedicou, nos artigos 693 a 699, um procedimento especial e diferenciado para as ações de família, valorizando as formas alternativas de resolução de conflitos e incorporando outras especificidades.

O Estado tem como tarefa gerar harmonia social, e solução pacífica de conflitos, tal diretriz está na nossa Constituição Federal no seu preâmbulo⁴⁸. Portanto, merece atenção e incentivo os meios consensuais pelo Estado e por todos os envolvidos nos conflitos familiares.

Os meios consensuais são adequados para questões relacionadas a conflitos familiares, porque buscam atender os interesses das partes, permitindo que os próprios interessados resolvam a disputa pela negociação direta entre eles, possibilitando a criação de opções de soluções mais vantajosas para ambas as partes, posto que são eles os que mais conhecem da realidade do conflito posto, facilitando o cumprimento, possibilitando a continuidade da relação e prevenindo novos impasses.

⁴⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Quando as partes participam da construção da solução, tem mais facilidade de cumprir espontaneamente o que acordado, evitando a propositura de novas demandas, evitando inclusive soluções impossíveis de cumprimento, ou que a parte fique anos buscando o cumprimento, muitas vezes não alcançando ou alcançando tarde demais.

A vantagens da adoção de mecanismos alternativos a via jurisdicional são várias: obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; ampliação de opções ao cidadão, que teria oportunidades diversas de tratamento do conflito; aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal por força da redução do número de processos em curso. (TARTUCE, 2024, p. 163)

No âmbito do direito de família, repleto de questões existenciais, o acordo dos protagonistas dos direitos envolvidos, que vivem a realidade que se pretende regulamentar, é fundamental para que a regulamentação seja a que melhor atende os interesses dos envolvidos e de mais fácil cumprimento.

Vale ainda dizer que a crise na prestação jurisdicional, embora deva ser considerada, principalmente porque reflete no tempo da demanda judicial, não deve ser fator determinante para opção dos meios alternativos de solução de conflito. Para cada tipo de conflito, cada contexto familiar deve ser adotado o método de solução de conflito mais adequado, que atenda a crise que a família está vivendo, considerando o perfil da controvérsia, os interesses das partes, a vulnerabilidade das partes, dentre outros aspectos.

Nesse sentido, são valiosos os ensinamentos de Kazuo Watanabe (2019, p. 81-82), ao afirmar que há conflitos de interesses que, devido à sua natureza peculiar, às particularidades das pessoas envolvidas e à continuidade das relações, demandam soluções diferenciadas. Tais soluções muitas vezes não podem ser alcançadas pela mera aplicação da norma através de uma sentença proferida pela autoridade estatal. Nesses casos, é preferível uma solução que preserve a continuidade das relações, algo que só pode ser obtido por meio de mecanismos consensuais de resolução de conflitos, como a mediação.

Na mediação, a solução é buscada com a participação direta dos envolvidos, que conhecem melhor do que ninguém suas próprias necessidades e particularidades, permitindo, assim, uma resolução mais adequada ao conflito.

Ainda traz Watanabe (2019, p. 81) que com as ponderações feitas não querem dizer que os meios consensuais de solução de conflitos devem ser utilizados com o único objetivo de solucionar a crise de morosidade do Judiciário, “mas sim como forma de dar as partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesse, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça.”

Cappelletti e Garth (1988-2023, p. 71/72), considerando o novo enfoque do acesso à justiça, observam a necessidade de correlacionar e adaptar o processo ao tipo de litígio, “existem muitas características que podem distinguir um litígio do outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções eficientes.” Como é o caso dos conflitos familiares que envolvem a parentalidade, os quais os relacionamentos devem ser preservados, sendo sugerido a mediação ou outro mecanismo de interferência apaziguadora.

O método escolhido para solução da controvérsia existente deve cumprir o atual conceito do princípio do acesso à justiça, sendo que pode ser a solução judicial a mais adequada, não justificando a utilização dos demais métodos existentes, como os consensuais para realização de um acordo, o importante é que o método escolhido seja o mais adequado para a situação a ser resolvida.

O princípio do acesso à justiça busca a coexistência dos diversos meios de solução de conflitos, formando assim um sistema eficiente de solução de controversas, que cumpra com o objetivo de um acesso justo ao cidadão, de pacificação efetiva, sendo que, este novo conceito de acesso à justiça, para os conflitos familiares, trouxe possibilidade de soluções mais justas, devendo dentro do caso concreto verificar o que melhor atende os interesses das partes envolvidas, respeitando todas as particularidades do caso e principalmente o melhor interesses das crianças e adolescentes.

4.7 MEDIAÇÃO NOS CASOS DE GUARDA E CONVIVÊNCIA E O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Considerando a busca atual por um novo conceito de acesso à justiça, com a introdução de novos instrumentos para viabilizá-lo, chega-se ao cerne deste trabalho.

Boaventura de Souza Santos, ao falar dos novos instrumentos de acesso ao direito e à justiça, e a introdução de reformas processuais e estruturais do sistema de justiça, com o fim de universalizar o acesso à justiça, citando Cappelletti e Garth, que

utilizam como metáfora a existência de três vagas no movimento de acesso à justiça, citando a terceira vaga, assim expõem:

Na terceira vaga, o movimento de acesso à justiça procura expandir a concepção clássica de resolução judicial de litígios desenvolvendo um conceito amplo de justiça em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos que inclui o que se convencionou chamar de ADR (resolução alternativa de litígios). (SANTOS, 2011, p. 49)

Na medida em que as pessoas passaram a buscar a Justiça através do ingresso de ações, sendo-lhes, inclusive, garantido o direito de ação, a assistência gratuita, entre outros instrumentos para garantir o acesso à justiça, direito constitucional garantido a todo cidadão no art. 5º Inc. XXXV da CF, houve um abarrotamento do judiciário de demandas judiciais, trazendo um entrave administrativo-processual à resolução dos conflitos.

Diante do aparecimento das insatisfações e das reclamações dos jurisdicionados, principalmente face à demora do Judiciário na solução dos litígios, passou-se a compreender que o Poder Judiciário, sozinho, através de decisões, não é suficiente para fornecer ao cidadão um efetivo acesso à justiça.

Em um Estado democrático de Direito que promove os direitos dos cidadãos, o acesso à justiça traduz-se como um direito fundamental, entendido não somente como acesso ao Judiciário, mas a uma ordem jurídica justa, e esse direito vem paulatinamente ganhando o status de direito fundamental. (ARRUDA, 2014, p. 33)

O acesso à justiça, a partir do novo enfoque, trazido pela última onda do movimento de promoção do acesso à justiça, que busca novas técnicas processuais, simplificação dos procedimentos e criação de vias alternativas para solução de conflito, traz a mediação e a conciliação, como meios adequados e econômicos de promoção de uma justiça, considerando instrumentos de pacificação social e prevenção de litígios.

Essa nova visão leva em consideração que o processo deve se adaptar a cada tipo de conflito, ou seja, deve haver uma análise prévia do conflito e das partes para determinar qual a melhor forma de resolução. Na terceira onda, Cappelletti e Garth buscam soluções para algumas dificuldades do Judiciário, entre elas, a adoção de procedimentos especializados e que sejam econômicos e eficientes, e a promoção da justiça mais acessível e que possua uma equidade social e distributiva, tendo como principais métodos

para alcançar os objetivos a utilização da conciliação e da mediação. (ARRUDA, 2014, p. 35)

Assim, surgem os meios de resolução de conflitos e que podem auxiliar na construção de uma sociedade mais consciente de seus direitos, em que os cidadãos possam vivenciar a justiça e a democracia, entre eles a da mediação.

Nesse sentido, é necessário que o Estado fomente políticas públicas capazes de garantir a paz social, e o Poder Judiciário não pode se limitar a somente exercer a prestação jurisdicional, mas prestar uma justiça efetiva. O acesso à justiça depende, no Brasil, em grande parte, da estruturação e fortalecimento das várias modalidades de resolução de conflitos que poderão atuar previamente ao Judiciário. Essas modalidades incluem os meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a conciliação. (ARRUDA, 2014, p. 33)

A mediação possibilita que as próprias partes conduzam o processo e alcancem uma solução; ela oportuniza uma comunicação mútua, possibilita que as partes envolvidas compartilhem dúvidas, anseios, sentimentos e problemas inerentes ao conflito, como também possíveis soluções e mudanças de atitudes para a pacificação da controvérsia.

Nesta forma de solucionar conflitos, não existem vencidos ou vencedores, mas uma solução que seja satisfatória às partes envolvidas.

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos que oferece grandes vantagens na abordagem do conflito, tais como: domínio absoluto pelas partes de seu procedimento, desde o início até o fim, sigilo; abordagem exaustiva dos problemas e sobre o relacionamento existe entre as partes, em um clima de respeito e de cooperação no tratamento de suas diferenças; economia de tempo e de dinheiro; possibilidades de satisfação das partes envolvidas com o resultado alcançado. (DUARTE, 2016, p. 41)

A mediação possibilita que o princípio da autonomia privada seja exercido e respeitado, pois proporciona que as próprias partes resolvam seus conflitos, partindo de um fundamento segundo o qual os envolvidos que sabem das particularidades da controvérsia sabem como resolvê-la. Ela possibilita a emancipação do ser humano, propõe a mudança de paradigma da relação adversarial para uma relação dialógica, de comunicação, possibilitando uma maior pacificação das relações em conflito.

No processo judicial, a busca pela solução do conflito, através da aplicação da lei, acaba não acolhendo outras situações envolvidas nos conflitos familiares, muitas

vezes aumentando e polarizando a beligerância entre as partes, na busca de prova de quem é o culpado, de quem tem razão e quem deve ter o pedido acolhido pelo juiz.

Relações acabam destruídas e a família sofre danos muitas vezes irreparáveis, o que torna importante o uso da mediação, que promove a oportunidade das partes, através do diálogo, construírem decisões mais satisfatórias, protegendo e permitindo a continuidade da relação parental existente.

A mediação é uma possibilidade de transformação cultural da gestão de situações conflitivas entre pessoas, grupos e instituições. Esta mudança de paradigmática ocorre pelo abandono de opções que validam o litígio e, no lugar destas, adotam cultura que valoriza o diálogo e estimula os envolvidos a buscarem as soluções dos próprios problemas. O conflito é visto como construtivo, e o enfoque é na busca de alternativas ou, inclusive, na transformação do mesmo. Esta nova abordagem conduz as pessoas ao papel de atores principais e responsáveis pela resolução de suas divergências. (MORADIN, 2019, p. 435)

Nesse contexto, considerando que questões relacionadas à guarda e ao direito à convivência familiar envolvem direitos dos filhos e obrigações parentais que, mesmo após o término do vínculo conjugal, devem ser respeitados e mantidos, a mediação se torna uma ferramenta essencial à disposição das partes que estão se divorciando ou dissolvendo uma união estável.

A mediação é uma alternativa consensual ao modelo conflitual do processo judicial litigioso, cuja solução é imposta por um julgador, que, apesar de ter como base o ordenamento jurídico para fundamentar a solução dada, muitas vezes não atende efetivamente e de forma adequada à parte que busca uma solução para o seu conflito.

A função principal da mediação é restabelecer o diálogo entre as partes em litígio sendo definida como uma forma alternativa de resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial auxilia para que as partes cheguem a um acordo em relação às questões da disputa, sendo este normalmente realizado no método “ganha-ganha” e não “ganha-perde” do processo tradicional. (ARRUDA, 2014, p. 40)

Há a troca do paradigma bélico, de resolução de conflito através de batalhas das quais um sairá vencedor e outro, vencido, pelo paradigma da cooperação, em que os sujeitos em conflito atuam na busca da mudança, do crescimento e da evolução das relações. (ROSA, 2019, p. 312).

Na mediação, as partes envolvidas na controvérsia, deverão estar comprometidas e auxiliadas por um terceiro, o mediador, que irá conduzir o diálogo

entre os atores da vida familiar, para construírem uma solução viável e que respeite os interesses de todos os envolvidos seja alcançada, não buscando nenhuma das partes ser vencedor, assim poderão estabelecer a forma de guarda a ser exercida e as regras de convivência em conjunto, respeitando as particularidades da família e principalmente dos filhos, possibilitando a continuidade da relação parental que é necessária para criação dos filhos.

Trabalhando com a voluntariedade, a cooperação, os interesses, a visão de futuro, o direito de autonomia, o empoderamento da capacidade de decisão, a mediação se propõe a navegar na democracia da dignidade dos indivíduos quando busca construções que beneficiem a todos, isto é, soluções ganha-ganha. Ocorre possibilidades de resgate dos relacionamentos abalados e rompidos em decorrência das divergências e dos desentendimentos que elas advierem. Este é um dos pontos de destaque na mediação de conflitos no contexto da família onde se dará à possibilidade de retomada da convivência entre seus integrantes, buscando harmonia maior do grupo, principalmente quando há crianças, adolescentes e idosos envolvidos, levando em conta a vulnerabilidade que eles vivenciam. (MORADIN, 2019, p. 435-436)

Não há parte adversa, as partes envolvidas na mediação são corresponsáveis pela solução da controvérsia a ser solucionada, neste contexto que a mediação deve acontecer para garantir a forma de guarda que melhor atenda os filhos, bem como garantir o exercício da guarda compartilhada de forma efetiva, quando esta for fixada, e ainda para estabelecer as regras de convívio, para que o direito de convivência dos filhos com ambos os pais e familiares seja respeitado.

Com o fim do relacionamento conjugal, muitas vezes a criança ou adolescente é usado como moeda de troca, para solução das questões que precisam ser resolvidas, relacionados à fixação da guarda, regras de exercício, decisão entre os pais, e estabelecimento da convivência, em razão das dificuldades de comunicação, sendo que, ao judicializar essas questões, os ânimos na maioria das vezes inflamam ainda mais, as demandas só aumentam a beligerância entre as partes, não conseguindo o judiciário uma solução que efetivamente pacifique as partes ou que atenda os interesses dos envolvidos, considerando toda esta carga emocional e subjetiva dos conflitos familiares.

As demandas judiciais envolvendo famílias são traumáticas para aqueles que vivenciam a contenda, assim como para os demais componentes da família que se deparam com sentimentos e conflitos de lealdade intensos. Na cultura da sentença, do litígio, as decisões são com base na titularização do direito, já na cultura da resolução pacífica de controvérsias as decisões são alcançadas pela negociação com

base no interesse e nas necessidades das pessoas envolvidas. (MORADIN, 2019, p. 437).

Com foco de ser respeitado o melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos, visando à restauração da comunicação, a continuidade da relação parental, a mediação se torna excelente ferramenta para a solução dos conflitos que envolvem guarda e direito de convivência, não só ajudando os pais a compreender a importância de prevalecer os interesses dos filhos, com também de se estabelecerem regras que melhor atendam à família e que sejam de fácil cumprimento.

Pode-se dizer que, em situação de separação ou divórcio, é necessário que o vínculo da parentalidade seja diferenciado das disputas dos casais em sua conjugalidade. É o momento no qual se espera que os pais se unam para definir questões relativas aos seus filhos, visando o bem-estar deles, enquanto se separam como casal. (MORADIN, 2019, p. 437)

A boa relação entre os pais, a manutenção do diálogo ou restauração da comunicação saudável entre os pais influi diretamente no exercício da guarda e no direito de convivência dos filhos, sendo, portanto, a mediação um importante instrumento para utilização pelas famílias, para que construam soluções para a continuidade, para o futuro da relação parental, respeitando os direitos dos filhos.

Através da mediação, busca-se “proporcionar às famílias a oportunidade de uma comunicação destinada a esclarecer mal-entendidos, com vista a evitar rupturas desnecessárias, diminuindo o desgaste e sofrimento.” (ROSA, 2019, p. 313).

A escolha da mediação pelo casal, ou mesmo, a participação na mediação determinada pelo juiz, ao cumprir a regra legal atual, que determina que seja designado audiência de mediação nas ações familiares, proporcionará uma oportunidade dos genitores dialogarem sobre o término do relacionamento e as questões que precisam ser resolvidas, transformando a controvérsia em uma possibilidade de solução pacífica, cumprindo e dando efetividades a direitos fundamentais e ao melhor interesse dos filhos envolvidos.

Na mediação, os genitores, com o auxílio do mediador, que deve ajudar as partes a construir soluções criativas e viáveis, respeitando o melhor interesse dos filhos e a dinâmica familiar, poderão criar regras quanto ao exercício da guarda e convivência que garantam o direito constitucional dos filhos, possibilitando um desenvolvido físico, emocional e psicológico sadio.

A mediação tem como objeto permitir que as partes voltem a entabular uma comunicação respeitosa, refletindo e expondo pontos relevantes da disputa, da situação a ser resolvida, para encontrar uma solução consensual, assim a restauração do diálogo é um dos principais triunfos do procedimento, sendo que com a facilitação do diálogo, objetiva-se preservar o relacionamento, o que é muito importante para que o direito de convivência possa ser cumprido, evitando inclusive novas demandas, por questões que envolvem este direito e que podem ser resolvidas sempre com bom senso e comunicação entre as partes.

Como se depreende de todo o exposto, a solução encontrada pelas partes, através da mediação, ou seja, o acordo fruto de uma mediação, tem relevante importância para o exercício da guarda e da convivência, pois permite que as partes refletindo e conhecendo a realidade da família, como o apoio do mediador, alcancem soluções mais adequadas, de mais fácil cumprimento.

A solução encontrada através da mediação permite um desfecho melhor para efetividade dos direitos em pauta, gerando maior proteção aos direitos dos filhos, que são tão importantes para o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente. As partes sendo protagonistas, conduzindo a controvérsia, são capazes de encontrarem saídas mais produtivas e eficientes.

A autoria das partes na solução do conflito é o ganho importante da mediação, uma forma de alcançar soluções sustentáveis nos casos do fim de relacionamento conjugal, minimizando o desgaste e o sofrimento.

A busca e o alcance da paz num momento de guerra interior, quando se dividem filhos e bens, emoções e sentimentos, projetos comuns e sonhos desfeitos, pode parecer utopia, mas, vivenciando e, de alguma forma, desfrutando de um processo de mediação, vemos uma nova realidade: é possível terminar um relacionamento em paz. (BREITMAN; PORTO, 2001, p. 217)

A mediação tem como meta ajudar o relacionamento entre as partes, estimular a construção de soluções de fácil cumprimento, busca promover mudança de comunicação para que as partes possam focar no futuro, em soluções que facilitem a continuidade do relacionamento, o que é muito importante para a continuidade do projeto parental, para o exercício da guarda e para que seja respeitado o direito de convivência.

A mediação “incrementa as possibilidades de as partes conseguirem manter uma ligação de cordialidade mínima no futuro, uma vez que não ocorre um desgaste relacional como sucede nas longas disputas judiciais, o que beneficia as partes e os filhos destas quando o tenham.” (CRUZ, 2018, p. 109).

Os mediados, através de acordos, podem criar regras que permitam a continuidade do exercício do poder familiar, que impedem que laços de afeto sejam rompidos e que os cuidados dos filhos sejam realizados por ambos os genitores, pois permite arranjos de guarda e convivência que permitem os pais participarem do dia a dia dos filhos, bem como aos pais compreenderem que a dissolução do vínculo conjugal não pode impedir o cumprimento das responsabilidades parentais de educar, direcionar, de prover e dar amor e carinho.

Precisa-se neste contexto dos acordos realizados através da mediação, mudar a ideia de que são realizados porque uma das partes “abriu mão” do seu direito. A mediação tem como objetivo a restauração do diálogo e através dele as partes buscarem soluções que atendam o interesse de todas as partes envolvidas, sem falar em ganhador e perdedor.

Cumprir ainda trazer, no tocante ao direito de convivência e mediação, as situações que envolvem violência doméstica, em que há divergência na doutrina e jurisprudência quanto à viabilidade da realização de mediação. Alguns entendem pela possibilidade, visando à concretização do direito fundamental à convivência familiar dos filhos; outros entendem pela inviabilidade.

Neste tocante, Fernanda Tartuce (2019, p.115) entende que uma mulher, inserida em uma grave situação de violência doméstica, não tem condições de conversar em igualdade com o agressor.

Com posição divergente, Fernanda Moretzsohn e Patricia Burin (2021) defendem que a mediação pode ser aplicada mesmo em casos de violência familiar, argumentando que muitas vezes as mulheres buscam nas delegacias uma solução para o conflito familiar, na esperança de que ele deixe de ser abusivo. Elas sustentam que a mediação, ao criar um ambiente propício ao diálogo entre os envolvidos, permite a construção de uma solução capaz de restaurar os laços rompidos pela agressão, promovendo o entendimento entre as partes e, possivelmente, prevenindo futuras agressões.

As autoras defendem por uma intervenção estatal que vai além do Direito Penal, propondo um trabalho com a vítima e com a pessoa agressora que estabeleça

a possibilidade de diálogo e busca de soluções que correspondam à concepção de justiça de ambos. Considerando que as relações tendem a perdurar, entendem que a mediação seria crucial para evitar a recorrência de conflitos e o surgimento de novos episódios de violência.

No sentido, confira-se o Enunciado nº 23 do Fonavid: "A mediação pode funcionar como instrumento de gestão de conflitos familiares subjacentes aos procedimentos e processos que envolvam violência doméstica."

Nesse contexto, não se deve negar automaticamente às mulheres o acesso à mediação sob o argumento de vulnerabilidade. É essencial analisar o caso concreto para verificar se, mesmo em situações de violência doméstica, existe um ambiente de igualdade para a negociação. Caso contrário, o pretexto de proteção poderia, na verdade, resultar em discriminação e na limitação do livre arbítrio da mulher, como se ela não tivesse capacidade de tomar decisões por conta própria.

Não se propõe a impunidade, mas sim o uso da mediação como ferramenta para facilitar o diálogo e a continuidade das relações parentais que permanecem, criando regras que permitam o exercício da parentalidade dentro das particularidades de cada caso. O foco deve ser sempre a proteção da vítima e o respeito aos seus desejos, considerando que, em alguns casos, a simples punição do agressor pode não ser seu principal interesse. A mediação deve ocorrer somente quando a vítima expressar o desejo de participar

Ressalta-se que nos casos de violência doméstica, diante da restrição de contato de aproximação entre os cônjuges decorrente da medida protetiva criminal, deve ser pedida uma autorização para participação na sessão de mediação, para não configurar descumprimento.

Assim, considerando que o acesso à justiça visa conciliar os valores tradicionais de proteção ao direito de buscar uma solução e ver o conflito resolvido, voltando-se para uma justiça social de efetiva pacificação, a mediação familiar nos conflitos de guarda e convivência vem de encontro a este novo conceito, pois busca soluções que efetivamente atendam e garantam o efetivo respeito aos direitos de todos envolvidos, especialmente dos filhos.

Corroborando com assunto, vale transcrever o que diz Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 9), sobre um processo justo e uma tutela jurisdicional que vai de encontro com a ideia do acesso à justiça moderno, ao prefaciá-la obra de Kazuo Watanabe:

Quando se pensa processo justo, cogita-se, desde logo, de sua efetividade e eficiência, para tutelar, adequadamente, os direitos lesados ou ameaçados. É que não satisfaz ao anseio de justiça da sociedade contemporânea a previsão de uma tutela judicial qualquer. Se a tutela disponibilizada é difícil ou inadequada, frente às particularidades do conflito, é duvidoso falar em situação de real tutela jurisdicional dos direitos, salvo que se pense num plano puramente formal e, portanto, escassamente significativo. Falar, então, em tutela jurisdicional exige focar o tema da “efetividade da tutela”, em cujo terreno se discute a imprescindibilidade da adequação e da funcionalidade.

Marília Pedroso Xavier e Willian Soares Pugliese (2024, p. 404), ao discorrerem sobre os meios adequados de solução de conflitos e o direito ao acesso à justiça, destacam a necessidade de um olhar que vá além da jurisdição. Isso não significa negar a importância da função social desempenhada pelo Poder Judiciário, especialmente considerando a inafastabilidade da jurisdição prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Em vez disso, propõem uma nova perspectiva sobre o direito e a tutela dos direitos, reconhecendo que existem outros meios de solução de conflitos mais adequados e alinhados com os anseios e as necessidades das partes.

Os mesmos autores concluem que a mediação no Direito de Família deve ser tratada como prioridade, em conformidade com as prescrições legais vigentes. Isso não implica que a jurisdição não desempenhe um papel crucial nos conflitos familiares; pelo contrário, é fundamental entender que o sistema de justiça oferece diversos meios para resolver esses conflitos, sendo que a decisão judicial, deve ser reservada principalmente para tratar de situações urgentes e de casos em que não se alcançou um acordo.

Desse modo, a mediação transforma os conflitos, permitindo que as partes envolvidas cheguem a um consenso e encontrem uma solução de mais fácil cumprimento, por ser escolhida por elas e, portanto, mais adequada e eficaz. Isso possibilita acordos sobre guarda e convivência que atendem aos melhores interesses dos filhos, evitando novas disputas e concretizando o novo conceito de acesso à justiça. A mediação atende ao real interesse das partes, promovendo a continuidade das relações, evitando o afastamento entre pais e filhos e prevenindo o rompimento de laços afetivos, que são difíceis de restaurar.

6 CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, a sociedade tem se transformado e evoluído, abrindo espaço para diversas formas de arranjos familiares. Com esses novos modelos, surgiram também novos tipos de conflitos familiares, que exigem soluções mais eficazes e adaptadas às particularidades de cada caso.

É natural que os conflitos ocorram, especialmente no fim de um relacionamento conjugal que tenha filhos, seja por divórcio, dissolução de união estável ou término de outros tipos de vínculos afetivos. Nesses momentos, é imprescindível contar com mecanismos que ajudem as partes a resolverem essas questões, sem que o Judiciário, com suas decisões em processos litigiosos, seja a única opção disponível.

Nesse contexto, a mediação se apresenta como um caminho adequado para a resolução pacífica e criativa de conflitos, permitindo que as próprias partes, com o auxílio de mediadores, encontrem soluções que respeitem os direitos e interesses envolvidos, especialmente os das crianças. A mediação promove o diálogo e a análise das particularidades de cada família, rompendo com o paradigma de que o Judiciário é a única via para resolver controvérsias. É preciso superar a cultura do litígio, onde a solução é terceirizada a um juiz, que muitas vezes não consegue pacificar o conflito, mas apenas encerrar a lide posta.

A mediação oferece uma mudança de paradigma, substituindo a cultura do litígio e da busca pelo "vencedor" por uma cultura de diálogo e cooperação. O objetivo é encontrar soluções que atendam aos interesses de todos os envolvidos, reconhecendo que o conflito já ocorreu, mas que é possível enfrentá-lo e encontrar caminhos para o futuro. Em questões relacionadas à guarda e ao direito de convivência dos filhos, a mediação é essencial, pois auxilia os pais a superarem as diferenças que levaram ao término do relacionamento conjugal, permitindo que continuem a relação parental de forma saudável.

Dentro da dinâmica familiar, a mediação permite que o casal parental encontre a melhor forma de exercer a guarda e de organizar a convivência dos filhos, preservando os vínculos afetivos e possibilitando o cuidado conjunto, mesmo após o fim do relacionamento conjugal. Isso contrasta com os litígios judiciais, onde a solução é imposta por um terceiro, o juiz, que muitas vezes não consegue captar as especificidades da família, resultando em decisões de difícil cumprimento e que podem causar danos irreparáveis, como a ruptura de laços afetivos.

O término de um relacionamento conjugal frequentemente desperta sentimentos intensos como raiva, mágoa, ciúmes e medo. Em um processo judicial, onde a busca é por provas e por vencer o outro, a família, especialmente os filhos, pode sofrer perdas e danos emocionais significativos. A mediação, por outro lado, cria um espaço para que as partes dialoguem, exponham seus interesses e negociem uma solução que atenda a todos de maneira adequada e eficiente.

Quando as partes precisam definir a guarda e a convivência dos filhos, a mediação se revela um método adequado, garantindo o respeito aos direitos das crianças e adolescentes. Com o auxílio do mediador, as partes são incentivadas a buscar um diálogo aberto e respeitoso, refletindo sobre a importância da convivência familiar e criando soluções que atendam principalmente aos interesses dos filhos, assegurando seu desenvolvimento físico, psicológico e emocional.

A mediação permite que as próprias partes estabeleçam as regras mais adequadas para sua realidade, evitando situações que possam gerar novos conflitos. Além de proporcionar soluções mais adequadas, a mediação incentiva uma cultura de diálogo e cooperação, preservando os relacionamentos familiares e possibilitando a continuidade dos laços.

Em suma, a mediação familiar é uma ferramenta essencial para a sociedade, que encoraja os envolvidos a resolverem seus próprios conflitos de maneira transformadora e cuidadosa com os interesses de todos. Ela promove a resolução de conflitos por consenso, especialmente no que se refere à guarda e ao direito de convivência dos filhos, permitindo que soluções criativas sejam construídas pelos pais, garantindo o pleno exercício do poder familiar por ambos os genitores, sem que haja um ganhador ou perdedor.

Portanto, é importante destacar que a mediação nos conflitos de guarda e convivência é um método de resolução de conflitos adequado e eficiente, pois está alinhado ao conceito contemporâneo de acesso à justiça, um direito constitucionalmente garantido. A mediação restaura o diálogo entre as partes, oferecendo soluções rápidas e humanizadas que atendem aos interesses de todos os envolvidos, ao mesmo tempo em que preserva a continuidade das relações familiares e promove a paz social.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. Na (re)avaliação jurídica do “viver no conviver” a convivência como bem da vida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-16/processo-familiar-revaloracao-juridica-viver-conviver-convivencia-bem-vida>

Acesso em: 27 jul. 2024

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A Mediação e a busca pela Efetividade do acesso à Justiça. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVII, n. 64, p. 32-45, set/dez 2014.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: FDT, 2007.

BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 abr.2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Resolução 125/2010 do CNJ. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

BARBOSA, Águida Arruda. Formação do Mediador Familiar Interdisciplinar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Lex Magister, 2012.

BRAGA NETO, Adolfo. Conflitos Familiares e a Mediação. In: BRAGA NETO, Adolfo (org.) **Mediação Familiar: a experiência da 3ª. Vara de Família de Tatuapé**. São Paulo: CLA, 2018.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas. Salles, Carlos Alberto de, LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BREITMAN, Stella e PORTO, Alice Costa. **Mediação Familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BRIGIDA, Elizabeth, ARAÚJO, Inês Guilhon de, e JACOB, Wanderley José. Diferentes Modelos: Mediação Narrativa. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 2. ed., Salvador: JusPODIVM, 2019

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. Barueri: Atlas, 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bruant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988-2023.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Analice de Souza Arruda de. Reflexões sobre os princípios éticos e deontológicos em mediação familiar. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Manual Interdisciplinar no Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2024.

CÓDIGO Civil Brasileiro 1916. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CNJ. **Enunciados**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/12/a233219a89b8b0bbbf4d00f328d3e9c8.PDF>. Acesso em: 25 jul. 2024.

CNJ. Justiça em números 2024. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2024.

CRUZ, Rossana Martingo. **A mediação familiar como meio complementar de Justiça**. Coimbra: Almedina, 2018.

CRUZ, Silvia Alves. A Mediação no Direito Brasileiro: política pública, efetividade e segurança jurídica. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, n. 65, p. 83-101, set./dez. Disponível em: <file:///C:/Users/Elizangela%20Ribeiro/Downloads/15004-Texto%20do%20Artigo-76032-1-10-20220119.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2024.

CRUZ, Elisa Costa. **Guarda parental releitura a partir do cuidado**. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Mediação na Alienação Parental: a psicanálise com crianças no judiciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

DUARTE, Zulmar. **A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao/454191053> . Acesso em: 15 de ago. 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** v. 6, 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FONACOM. **Enunciados.** Disponível em: https://www.ajufe.org.br/images/2022/Enunciados_FONACOM.pdf. Acesso em: 25.jul. 2024.

GEMEP. **Enunciados.** Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2016/04/GEMEP-CBAr-Enunciados-07-04-2016-v1.pdf>. Acesso em: 25 de jul. 2024.

GIMENEZ, Charlise Colet; KOPS, Rodrigo Nunes; KNOD, Daiana Queli. Lei da Mediação, Capítulo I Da Mediação, artigo 2º. MARION, Fabiana; SPENGLER, Theobaldo Neto. (Org.). **Mediação, conciliação e arbitragem, artigo por artigo.** Rio de Janeiro: FGV, 2016.

GONÇALVES, Ana Valéria Silva. Teoria e técnicas de comunicação aplicadas à mediação familiar. PEREIRA, Rodrigo da Cunha e Dias, Maria Berenice (Coord.). **Manual de mediação interdisciplinar no direito de família e sucessões.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2024.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação conciliação e negociação.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela.** Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em 20 ago. 2024.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** um modelo de responsabilidade parental. 4. ed., São Paulo: 2009.

GROENINGA, Gisele. **Direito de Convivência entre pais e filhos:** análise interdisciplinar com vistas a eficácia e sensibilidade de suas relações no Poder Judiciário. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082012-152003/publico/Giselle_Groeninga_Tese.pdf. Acesso em: 19 jul. 2024.

GROENINGA, Gisele Câmara. Uso de processos judiciais sobre crianças pode encobrir interesses dos adultos. **Conjur Jurídico (Conjur)**, 20.09.2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-20/processo-familiar-uso-processos-criancas-encobrir-interesse-adultos/> . Acesso em: 27 jun. 2024.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Carta de Princípios, Valores e Diretrizes Orientadores da Mediação Interdisciplinar.** Disponível em:

https://ibdfam.org.br/imagens_up/CARTA%20DE%20PRINC%C3%8DPIOS_.pdf.

Acesso em: 07 ago. 2024.

JONATHAN, Eva; ALMEIDA, Rafael Alves de. Dinâmica da mediação: etapas. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 2. ed., Salvador: JusPODIVM, 2019.

JONATHAN, Eva; PELAJO, Samantha. Diferentes Modelos: Mediação Linear (Harvard). In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

JONATHAN, Eva; AMERICANO, Naura dos Santos. Diferentes Modelos: Mediação Transformativa. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LEITE, Eduardo Oliveira. Comentários à lei 13.058, de 22.12.2014 – dita, nova lei da guarda compartilhada. **Revista Digital Multidisciplinar do Ministério Público do - Criança e Adolescente**. Registrado no ISSN n. 2237-7581. 11^a. ed. 2015. Disponível em:

https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/publi/mprs/revista_digital_ed_11. Acesso em: 17 ago. 2024.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, vol. 5.

LORENZONI, Nelnie Viale. A Capacitação do/a Mediador/a Familiar e a Supervisão na Mediação. PEREIRA, Rodrigo da Cunha e Dias, Maria Berenice (Coord.). **Manual de mediação interdisciplinar no direito de família e sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2024.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada física e jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788530995201. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530995201/>. Acesso em: 17 ago. 2024.

MARODIN, Marilene. Mediação Familiar: Especificidades, Procedimentos de Intervenção e Peculiaridades na Capacitação do Mediador. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MARODIN, Marilene. Modelos de Mediação: Negocial, Avaliativa, Transformativa, Circular – Narrativa e Emancipadora e Responsável. PEREIRA, Rodrigo da Cunha e Dias, Maria Berenice (Coord.). **Manual de mediação interdisciplinar no direito de família e sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2024.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O Conteúdo Normativo dos Princípios Orientadores da Mediação. **R. Jur. UNI7**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 101-123, jul./dez. 2017 101. Disponível em <file:///C:/Users/Elizangela%20Ribeiro/Downloads/497-Texto%20do%20artigo-1387-1-10-20171223.pdf>. Acesso em: 09 maio 2024.

MORETZSOHN, Fernanda e BURIN, Patrícia. Mediação penal aplicada à violência de gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-22/questao-genero-mediacao-penal-aplicada-violencia-genero/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

OHLWEILER, Milene Silva Vieira e LAGO, Vivian de Medeiros. A interface entre psicologia e mediação de conflitos familiares. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. Direito de Família. 26. ed. Revista e atualizada por PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte. A Mediação – Produto e agente de Direito da Família Moderno. VIEIRA, Tereza Rodrigues, CARDIN, Valéria Silva Galdino, BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber (org.). **Famílias: psicologia e direito**. Brasília: Zakarewicz, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação Judicial e Garantias Constitucionais: A outra face da Aplicação do Conceito de Jurisdição na Contemporaneidade. *In*: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Desjudicialização: justiça conciliativa e poder público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, e STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A Ressignificação do Princípio do Acesso à Justiça à Luz do Art. 3.º do CPC/2015. **Revista de Processo**, vol. 254/2016 | p. 17 - 44 | Abr. / 2016 DTR\2016\19686.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Resolução dos Conflitos na Contemporaneidade. **Revista EMERJ**, v. 21, set-dez 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernadinha de. Art. 3º. In Cabral, Trícia Navarro Xavier; CURRY, Cesar Felipe (coord.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina De; MAZZOLA. **Manual de mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786555598087. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555598087/>. Acesso em: 07 ago. 2024.

PORTUGAL, Lei n.º 29/2013, de 19 de abril. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis, Acesso em: 05 jul. 2024.

PURCINO, Mariângela de Jesus e TSUTSUI, Renan Teiji. O Uso da Mediação como Instrumento de Resolução de Conflitos nas Ações de Guarda de Criança e Adolescente. **Revista Ibdfam**, n. 59. Belo Horizonte: IBDFAM, 2023.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RESOLUÇÃO 125/2010. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 27 maio 2024

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 5. ed., Salvador: JusPODIVM, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito de família na prática**. Salvador: JusPODIVM, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo na prática jurídica**. Salvador: JusPODIVM, 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda Compartilhada Coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

SALVADOR. LUCIANA; ROCHA, Giovana Munhoz da Rocha. **Guarda compartilhada vivendo em duas casas**. Curitiba: Juruá, 2022. 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

SPALDING, Alessandra Mendes. **Mediação prévia e obrigatória**. Curitiba: Juruá, 2024.

STJ - REsp: 1769949 SP 2018/0253383-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 08/09/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/10/2020

TAPADA, Adrian Abi. A Obrigatoriedade da Mediação nas Ações de Família. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**. 22. Ed., p. 189-209. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/126/112>. Acesso em: 17 ago. 2024.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

TOFFOLI, José Antônio Dias e PERES, Livia Cristina Marques. Desjudicialização Conforme a Constituição e Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse. WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

TJAM - Agravo de Instrumento: 4004032-26.2022.8.04.0000 Manaus, Relator: Joana dos Santos Meirelles, Data de Julgamento: 28/11/2023, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 28/11/2023)

TJDF, Acórdão 1151472, 07197248120178070001, Relator: SILVA LEMOS, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 13/02/2019. Publicação: DJe 18/03/2019.

TJDF 07082738620228070000 1429218, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 01/06/2022, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 24/06/2022

TJ-GO – Apelação n. 2199225120168090072, Relator: Delintro Belo de Almeida Filho, Data de julgamento: 20/05/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 20/05/2019.

TJMG. IRDR - CV Nº 1.0000.17.027556-4/003 - 12ª CC, Rel. Des.(a) Juliana Campos Horta, julgamento 25/08/2022, Publicação: Dje 14/09/2022.

TJMG - AC: 50074746220228130313, Relator: Des.(a) Ivone Campos Guillarducci Cerqueira (JD Convocado), Data de Julgamento: 18/09/2023, 4ª. Câmara Justiça - Especial, Data de Publicação: 26/09/2023.

TJ-MG - AI: 10000191606565005 MG, Relator: Áurea Brasil, Data de Julgamento: 27/01/2022, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/01/2022.

TJ-MG - AC: 10000210401766001 MG, Relator: Jair Varão, Data de Julgamento: 17/06/2021, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/06/2021.

TJ-MT 10094881320228110000 MT, Relator: RUBENS DE OLIVEIRA SANTOS FILHO, Data de Julgamento: 06/07/2022, Quarta Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/07/2022.

TJRJ - Agravo de Instrumento n. 0059899-26.2020.8.19.0000, 19ª. CC, Rel. Des. Ferdinando do Nascimento – Julg. 04/02/2021.

TJ-RS - AC: 70082415852 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 20/11/2019, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 22/11/2019.

TJ-RS - Agravo de Instrumento: 5248395-41.2023.8.21.7000 PORTO ALEGRE, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 18/12/2023, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 18/12/2023

TJ-SP - Agravo de Instrumento: 22752060220238260000 Guarulhos, Relator: Rodrigues Torres, Data de Julgamento: 17/06/2024, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: DJe 17/06/2024

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**: modelos processos, ética e aplicações. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do acordo a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Emais, 2023.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa conceito atualizado de acesso à justiça processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Dey Rey, 2019.

XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE, Willian Soares. A Judicialização dos Conflitos, a Função do Judiciário e a Mudança de Paradigmas; Perspectivas da Mediação e a Cultura de Paz. PEREIRA, Rodrigo da Cunha e Dias, Maria Berenice (Coord.). **Manual de Mediação Interdisciplinar no Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2024.

XAVIER, Marília Pedroso; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos Colombo. Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e DADALTO, Luciana (Coord.). **Autoridade parental**. Indaiatuba: Foco, 2019.