



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL**

ANASTÁCIA BEDA OLIVA DO AMARAL

**A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO
DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Salvador
2017

ANASTÁCIA BEDA OLIVA DO AMARAL

**A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO
DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito como requisito para obtenção do título de
pós-graduada em Direito Civil.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO**ANASTÁCIA BEDA OLIVA DO AMARAL****A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO
DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do título de pós-graduada em
Direito Civil pela Faculdade Baiana de Direito:

Nome : _____

Titulação e Instituição: _____

Nome : _____

Titulação e Instituição: _____

Nome : _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ___/___/2017

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 O INSTITUTO DA AUTONOMIA E O DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUTONOMIA

2.2 AUTONOMIA DA VONTADE X AUTONOMIA PRIVADA

2.3 LIMITES A AUTONOMIA PRIVADA

2.3.1 Lei

2.3.2 Ordem pública

2.3.3 Moral e bons costumes

2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.4.1 Princípios do Direito de Família

2.5 A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

3 DA MEDIAÇÃO

3.1 CONCEITO

3.2 MEDIAÇÃO X CONCILIAÇÃO

3.3 MODALIDADES DE MEDIAÇÃO

3.3.1 Prévia

3.3.2 Incidental

3.4 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

3.4.1 Independência

3.4.2 Imparcialidade

3.4.3 Autonomia da vontade

3.4.4 Confidencialidade

3.4.5 Oralidade

3.4.6 Informalidade

3.5 DO MEDIADOR

3.5.1 Formação e capacitação do mediador

4 A MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO USO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

4.2 O RELEVANTE PAPEL DO ADVOGADO

4.3 A MEDIAÇÃO NO NOVO CPC E A LEI 13.140/2015

4.4 A MEDIAÇÃO JUNTO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

RESUMO

O acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser assegurado a todo e qualquer cidadão, devendo possuir a maior abrangência possível, sobretudo quando se está a falar do direito de família. Ocorre que existem obstáculos que dificultam a concretização deste direito, podem ser eles: econômicos, temporais, jurídicos ou culturais. A família moderna não mais comporta a ingerência estatal que outrora sofreu, de modo que a observância e primazia da autonomia na solução dos conflitos existentes no seu seio familiar, deve ser a regra no ordenamento jurídico atual. Para tanto, a mediação se mostra como um instrumento de solução de conflitos, capaz de promover a pacificação neste núcleo da sociedade, através do exercício do diálogo e do incentivo ao respeito mútuo das partes. O Poder Judiciário, hoje, consegue oferecer uma prestação jurisdicional adequada a todas as demandas que lhes são propostas. Sendo assim, resta mais do que demonstrado a necessidade da utilização de forma mais expressiva dos meios alternativos de solução de conflitos, como por exemplo, a mediação. A mediação consiste em método através do qual um terceiro imparcial, que pode ser eleito ou aceito pelas partes, facilitará, através de técnicas específicas, o diálogo entre as partes, a fim de que elas mesmas cheguem a uma conclusão satisfatória capaz de pôr fim ao problema vivenciado, o que, no direito de família é precioso, pois, gera uma maior qualidade nos acordos e, por óbvio, maior cumprimento deles, uma vez que partiu da própria iniciativa das partes. Sendo assim, o presente trabalho tem o objetivo de analisar o tratamento que o Novo Código de Processo Civil e a Lei 13.140/2015 reserva a este método não adversarial de solução de litígios e sua aplicabilidade do direito de família, como meio assegurador da autonomia deste núcleo da sociedade.

Palavras chaves: autonomia da vontade; autonomia privada; direito de família; mediação; novo código de processo civil; lei 13.140/2015

1 INTRODUÇÃO

A família, ao longo de muitos anos, fora encarada como uma mera extensão do Estado e não como uma parte da sociedade em si. Por esse motivo, a ingerência estatal era tamanha, que seus componentes não podiam criar, desenvolver ou extinguir suas famílias, sem que o Estado intervisse diretamente.

As mudanças sociais ocorridas, desembocaram em uma alteração comportamental na sociedade, o que gerou a necessidade de instituir novos regramentos, os quais buscassem dar a este núcleo a valoração e dignidade necessárias para o seu desenvolvimento pleno e saudável.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova era de valores, todos estes pautados na dignidade da pessoa humana, o que, por óbvio, repercutiu diretamente no Direito de Família.

Ato contínuo, os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada são de suma importância para o presente trabalho, uma vez que, possui relação direta com o direito de família, pois a sua inserção neste ramo do direito, de grande representatividade social, assegura a liberdade necessária para que seus entes possam autogerir suas relações, seja face a um conflito ou não, tudo isso, pautado, obviamente, em valores constitucionais.

A autonomia da vontade concedeu a sociedade, até determinado momento histórico, uma elevada liberdade para que as partes pudessem transigir, entretanto, com o passar do tempo, se percebeu que tamanha abertura estava fomentando desequilíbrio nas relações sociais.

Baseado nesse cenário, se faz necessária uma maior intervenção do Estado nas relações particulares em geral, visando controlar a desigualdade fática existente nos tratos negociais, ocasionando a partir daí a criação de uma nova ordem social.

Desse modo, pautados nos direitos fundamentais instituídos com o advento da Constituição Federal de 1988, a autonomia privada passa a ser entendida como direito fundamental de todos, ou seja, um instrumento de proteção constitucional da atividade econômica e de promoção do desenvolvimento social.

Paralelo a isso, a família que surge após a Constituição Federal de 1988, tem o papel primordial de fazer com que, no seu cerne, as pessoas vivam com dignidade, através da garantia da felicidade de cada um dos seus integrantes.

De igual modo, o Código Civil de 2002 já fora promulgado, com base nessas novas premissas, frutos de uma evolução e também anseio social.

Por tudo o quanto aqui dito, se ressalta a importância para compreensão relevância da autonomia privada no âmbito do direito de família, ambos objetos de estudo do presente trabalho.

O direito de família está ligado, intimamente, ligado à vida em si, constituindo, portanto, a base do Estado, núcleo fundamental que repousa toda a organização social.

Assim, toda essa nova roupagem trouxe uma proposta mais democrática para esse universo, passando a dignidade dos seus membros ser valorada e protegida por lei e, conseqüentemente, trouxe mais espaço para o exercício da autonomia privada nesse ínterim.

Diante de todo esse contexto, o presente trabalho tem a finalidade de defender o uso prioritário da mediação nos conflitos de oriundos no âmbito familiar, tendo em vista a adequação do procedimento às relações desta natureza.

A escolha do método mais adequado ao tipo conflito, deve sempre levar em consideração as características de cada caso, tais como, custos financeiros e emocionais, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade.

As questões que envolvam disputas familiares, as quais, via de regra, envolvem demandas em que as partes terão contato continuado, recomenda-se o uso da mediação, uma vez que o acordo formalizado será fruto de reflexões e análise das próprias partes, o que, conseqüentemente, reflete e maior possibilidade de cumprimento espontâneo do que for avençado.

Nesse ínterim, fica evidente que a mediação prestigia o exercício da autonomia privada no âmbito do direito de família, transferindo aos seus componentes o direito de resolver os conflitos existentes na

Para tanto, é necessário o incentivo de técnicas que aproximem os familiares da verdadeira Justiça, aquela que consegue sanar o problema apresentado sob todos

os aspectos, desta forma, os meios alternativos para solução de conflitos, destaque-se, a mediação, apresenta mecanismos capazes de proporcionar tal aproximação.

O direito não foi construído para dirimir casos hipotéticos, mas sim, ser utilizado no caso concreto, atuando de forma eficiente na solução das lides que são geradas por uma sociedade que vem se mostrando a cada dia mais complexa, desde então, é de suma importância a institucionalização de meios distintos dos habitualmente utilizados.

A mediação consiste em um método consensual de solução de litígios, através do qual um terceiro imparcial, que pode ser aceito ou eleito pelas partes, irá auxiliar os interessados a prevenirem e/ou solucionarem o conflito através do diálogo, cujo o consenso será feito por eles, uma vez que o mediador não pode interferir sugerindo qualquer solução.

Outro ponto relevante está no fato da mediação não estimular o instinto competitivo entre as partes, uma vez que não haverá perdedores e ganhadores, mas sim ambas as partes saem ganhando com a solução atingida, pois através do diálogo estimulado pelo mediador, se chegará a uma decisão que contemplará o interesse de todos.

Por tudo o quanto aqui dito, afirma-se que o presente trabalho tem como objetivo abordar o instituto da autonomia privada no âmbito do direito de família, de modo a demonstrar que a mediação é o instrumento mais adequado para prestigiar tal princípio quanto se está diante de conflitos nesta célula *mater* da sociedade, pois, com o fim da sociedade conjugal, se tem desdobramentos de diversas ordens, para além das patrimoniais, as quais, a aplicação pura e simples da lei não consegue pacificar.

2 O INSTITUTO DA AUTONOMIA E O DIREITO DE FAMÍLIA

Por muitos anos a família fora encarada como uma extensão do Estado e não a célula *mater* da sociedade e, em razão disso, ela não podia ser criada, extinta e até desenvolvida pela simples vontade dos seus componentes.

O Estado exerceu, ao longo da história, um papel extremamente controlador e opressor, ou seja, não havia no âmbito familiar qualquer atividade de característica negocial, sendo ela regida por normas eminentemente cogentes.

Este cenário acabava por afastar, de maneira inquestionável, a autonomia privada do cerne dessas relações, de modo que, o pouco que o estado viabilizava, era com a finalidade de possibilitar pequenas movimentações de cunho patrimonial, o que, por óbvio, visionava seu benefício próprio.

Não havia espaço para que os integrantes da família exercessem a sua liberdade, sendo reconhecida apenas a família constituída através do matrimônio, de modo a ser rechaçada qualquer outro desdobramento externo a esse contexto social.

Por fim, pautado em mudanças sociais, o que ocasionam uma alteração comportamental da sociedade e por consequência, novas necessidades, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova era de valores, todos estes pautados na dignidade da pessoa humana, o que, por óbvio, repercutiu no Direito de Família.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUTONOMIA

O processo de passagem da concepção de autonomia da vontade para autonomia privada acompanha a transformação do direito liberal para o direito da época dos Estados sociais.

Nesse seguimento, a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada tem fundamental importância para identificar o papel da vontade no Direito.

De acordo com o quanto exposto por Roxana Cardoso Brasileiro Borges¹, a evolução do conceito de autonomia da vontade para a noção de autonomia privada modifica a própria noção de negócio jurídico, porque está vinculada diretamente aos valores constitucionais, em especial à valorização da pessoa humana.

Nesse seguimento, se remontarmos Roma, no primeiro momento, o formalismo dominava a interpretação objetiva dos atos jurídicos, de modo que os efeitos dos atos eram consequência da forma e não da vontade, que com o passar dos séculos e evolução da sociedade romana, a interpretação jurídica passou a ser orientada para realização do princípio da vontade, suprimindo-se o formalismo verbal.

Ato contínuo, em razão da forte influência católica, na Idade Média, a vontade foi substituída pela fé jurada, e, a sua violação, representava a falta da palavra dada e na seara divina, correspondia ao pecado.

Ou seja, na Idade Média a “autonomia” estava diretamente relacionada aos limites da fé e da moral.

No domínio dos contratos, a doutrina da autonomia da vontade surge, a partir do século XVI, com o Humanismo e com a Reforma, mas é com a Escola Jusnaturalista, no século XVII, que se preconiza a laicização do direito, juntamente com uma concepção racional, uma vez que eles pregavam que o direito regia a sociedade civil e a vontade era soberana.

Com a evolução dessa noção, no século XVIII, a autonomia da vontade passou a ser interpretada como fonte e fim de todo o direito. Os ideais da Revolução francesa balizaram a organização jurídica no consenso das partes, a cujas palavras se atribuía força de lei pelo que convencionavam².

A vontade torna-se a expressão da liberdade humana e ninguém poderia se obrigar senão por vontade livre e espontânea e os contratos passam a ter um caráter justo e intangível - *pacta sunt servanda*³ -, devendo ser executados de acordo com o quanto disposto pelas partes.

¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.51

² ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. **Autonomia da vontade no direito contratual**. Revista de Direito Privado, n.27, a.7, jul./set., 2006, p.281

³ Que no Latim significa: acordos devem ser cumpridos

O Código de Napoleão fora o primeiro corpo legislativo a adotar o dogma da autonomia da vontade, de modo que, as partes envolvidas nas relações jurídicas eram consideradas igualmente capazes, ainda que existisse desigualdade econômico-social entre elas.⁴

Nesse momento histórico, a vontade era fomentadora de relações jurídicas, deixando de ser um elemento apenas de cunho psicológico, possuindo, nesse cenário, tamanha força que não havia hierarquia entre ela e a lei.

Na lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, a teoria da autonomia da vontade preconizava que:

[...] a pessoa se obriga por meio de declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido. Essa ideia deriva de uma concepção individualista exacerbada de direitos, que considerava ao sujeito fora do contexto social. Uma vez declarada a vontade, esta, em geral, teria força de desencadear efeitos jurídicos.⁵

Com a revolução industrial, a burguesia conquistou espaço no âmbito econômico e político, prevalecendo a teoria da autonomia da vontade, como base para as relações negociais, propondo a igualdade formal dos indivíduos, uma vez que os acordos tinham força obrigatória.

No final do século XVIII e XIX, em razão das obras de Rousseau e Kant, a teoria da autonomia da vontade passa a integrar, de forma decisiva, a ciência do Direito⁶.

A razão dessa noção de voluntarismo deve-se ao progresso vivenciado pela sociedade capitalista, vale dizer, a concepção de autonomia da vontade, e de liberdade contratual traduz pressuposto jurídico e condição essencial para o funcionamento do sistema capitalista e, por conseguinte, para a concretização dos interesses nele envolvidos. É investido de tal poder da vontade que o indivíduo constrói o direito civil contratual, cujo serviço são colocados os tribunais e a força pública⁷.

Os principais reflexos desse período foram o reconhecimento da ampla liberdade negocial e a consagração da força obrigatória dos contratos, sobretudo no âmbito do

⁴ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. **A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor**. Revista dos Tribunais, a.90, v.791, set., 2001

⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.53

⁶ STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000, p.106

⁷ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. **Autonomia da vontade no direito contratual**. Revista de Direito Privado, n.27, a.7, jul./set., 2006, p.282

direito de propriedade, seara em que se reconhecia maior liberdade ao indivíduo, podendo ele adquirir, transmitir seus bens, sem a interferência do Estado.

A autonomia da vontade e a liberdade negocial, criadas com a finalidade de frear o estado absolutista, passaram a ser utilizadas em demasia e desarrazoadamente pelos particulares, pois, a parte mais vulnerável ficava submetida aos excessos de quem gozava do poderio social e econômico.

Assim, com o advento da sociedade de massas, o Estado teve que se posicionar quanto ao excesso da ingerência social da classe burguesa, o que ocasionou, no século XX, em críticas ao princípio da autonomia da vontade e igualdade formal das partes, estas fundamentadas no desequilíbrio que a manutenção de tal postura ocasionava a sociedade.

Todo esse cenário, leva a uma maior intervenção do Estado na sociedade, que visava controlar a desigualdade fática existente nos tratos negociais, sendo necessário delinear uma nova ordem.

No século XX, portanto, os negócios jurídicos não mais se pautavam “na causa psíquica representada pela vontade, mas nas regras extraídas de interesses socialmente relevantes”⁸.

O contrato passou a sofrer limitações isso, em razão de uma despertar da sociedade, assim como a evidente desigualdade entre as partes, fazendo com que, naquele momento, ocorra uma inversão de polos, ou seja, a opressão e violência não advêm apenas da força do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, que tem o poder econômico em suas mãos.

O denominado O *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social, passou, então, a buscar assegurar, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais, tais como saúde, educação, o que, por óbvio, limitou a o exercício irrestrito da vontade dos particulares.

O Estado passa a ter a obrigação de proteção e de concretização dos direitos fundamentais, não podendo mais, apenas, abster-se de adotar posturas que atentassem contra tais direitos.

⁸ CABRAL, Érico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado**. Revista de Direito Privado, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.91

Nesse seguimento, nas relações privadas os atores são titulares de direitos e obrigações e, por esse motivo, deve resguardada a autonomia privada e o respeito aos direitos fundamentais.

Diante de tudo quanto aqui exposto, a autonomia privada, passa a ser delineada sobre novos valores constitucionais e infraconstitucionais, desencadeando uma nova roupagem ao direito privado, pois, todos os atos e negócios jurídicos desenvolvidos pelos sujeitos no prisma das suas individualidades em relação a outrem, são em decorrência da autorização concedida pela ordem jurídica para persecução dos efeitos jurídicos almejados.

Por fim, a partir dessa nova realidade, abordar-se-á as distinções dos conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada, na próxima seção.

2.2 AUTONOMIA DA VONTADE X AUTONOMIA PRIVADA

A distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada é importante, do ponto de vista prático, uma vez que a evolução de um conceito para o outro traz desdobramentos na noção de negócio jurídico para o direito.

O vocábulo autonomia vem do grego *auto* + *nomos* e significa independência, autodeterminação, o que é regido por leis próprias⁹.

Praticamente todas as teorias da autonomia levam em consideram duas condições de forma predominante, quais sejam: a liberdade (independência de influências controladoras) e a qualidade de agente (capacidade de agir intencionalmente).

Assim, o princípio de autonomia está intimamente ligado ao papel que o sujeito moderno assume neste momento social, cuja a base é a liberdade de pensamento, esta desprendida de dogmas religiosos ou tradicionais. Ou seja, a compreensão do mundo sobre uma perspectiva mais racional.

No dicionário Houaiss¹⁰, autonomia significa “capacidade de se autogovernar; [...] direito de reger-se segundo leis próprias”

⁹ CABRAL, Érico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado**. Revista de Direito Privado, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.84

Passada a apresentação da essência da palavra, se faz necessário destacar que, apesar de muitas vezes utilizadas como sinônimo as expressões ‘autonomia da vontade’ e ‘autonomia privada’, não o são, como será abordado mais adiante.

Segundo Norberto Bobbio¹¹, a autonomia privada pode ser considerada fonte de normas jurídicas, uma vez que concebem regras de conduta, que são aceitas pelo Estado.

Nesse mesmo contexto, para Roxana Cardoso Brasileiro Borges, entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou determinar o conteúdo e efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico¹².

Para o autor italiano, Luigi Ferri, há um uso indiscriminado das expressões ‘autonomia privada’, ‘autonomia da vontade’ e ‘liberdade contratual’, que define que a autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade, podendo ser traduzida como uma manifestação de poder ou precisamente do poder de criar, dentro dos limites da lei, a norma jurídica¹³.

Já Pontes de Miranda¹⁴ não vê distinção entre as expressões, além disso, afirma ser indevida o uso da expressão ‘autonomia privada’, porque “se elidiria, desde a base, qualquer regramento da vontade, em direito público, o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se com êle, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito”.

Orlando Gomes, afirma que autonomia privada é o gênero, que se divide em duas espécies: 1) a autonomia da vontade, “que é o poder atribuído à vontade na criação, modificação e extinção das relações jurídicas”; e 2) exercício dos direitos, que se

¹⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.351

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p.40

¹² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.46-47

¹³ FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1959, p.4-5

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo III. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.55-56

concretiza principalmente na área da propriedade e sua disposição, “sendo o poder da vontade referido ao uso, gozo e disposição dos direitos subjetivos e dos poderes e faculdades das pessoas”¹⁵.

A autonomia da vontade antecede a autonomia privada, sendo que a primeira está ligada à personalidade do indivíduo, à expressão da vontade encarada individualmente.

Professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges reforça a ideia de que a teoria autonomia da vontade foi superada pela autonomia privada. Ressalta que não pode consistir somente na declaração de vontade a essência do negócio jurídico, mas na aceitação pelo ordenamento jurídico daquele consenso. Ou seja, a declaração de vontade deve estar autorizada pelo ordenamento jurídico.¹⁶

Destaca, ainda, o fato de a passagem de autonomia da vontade para autonomia privada se relacionar com a mudança do direito liberal para os direitos sociais, afirmando que “A liberdade de realizar negócios jurídicos, assim, deve acompanhar valores e visar a objetivos legítimos, o que significa liberdade negocial”.¹⁷

O exercício da autonomia privada não é ilimitado. A dignidade da pessoa humana o limita, além da necessidade de se equilibrar o interesse do indivíduo e o interesse de outrem. Há também a necessidade de se ter uma atenção especial aos negócios não patrimoniais, já que estes devem ser protegidos pela sociedade.

O conceito de autonomia da vontade, pautado na vontade ampla e irrestrita dos indivíduos, evolui para o conceito de autonomia privada, que consiste na auto-regulamentação dos indivíduos nas suas relações negociais, entretanto, sendo imprescindível que se mantenham dentro dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico. A vontade ampla e irrestrita dá lugar a uma vontade dirimida pela ordem jurídica.

Ou seja, os negócios jurídicos materializam a autonomia privada, princípio fundamental do Direito Privado, conforme a nova configuração social pós

¹⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.265

¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.46-47

¹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.46-47

Constituição Federal de 1988, que concedeu a autonomia privada à condição de direito fundamental.

A autonomia se constitui, portanto, um dos pilares da ordem jurídica, podendo ser considerada um instrumento de proteção constitucional da atividade econômica e de promoção do desenvolvimento social.

É importante destacar que o exercício da autonomia privada não importa necessariamente negócios patrimoniais, em especial, no campo dos direitos da personalidade em que se verificam situações subjetivas existenciais, tais como a questão da doação de órgãos, cessão da de uso da imagem e direito de família, sendo este último o objeto de estudo do presente trabalho.

Por todo o exposto, conclui-se que a autonomia privada está associada ao poder do indivíduo de criar normas de cunho eminentemente negociais, isso, com base nas normas gerais prevista pelo ordenamento ao qual estaria submetido, estando a autonomia da vontade superada por este novo instituto.

2.3 LIMITES A AUTONOMIA PRIVADA

Dando continuidade a tudo quanto dito até o presente momento, é de suma importância abordar os limites da autonomia privadas, estes conforme o ordenamento jurídico.

Sendo assim, têm como limite da autonomia privada a Lei, a ordem pública (interesses fundamentais da sociedade), a moral (consciência social) e os bons costumes.

Professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges critica tais limites pautados na moral e nos bons costumes, sob o argumento deles possuírem cunho subjetivo, verdades que, via de regra, não coincidam com os desejos do indivíduo, construindo em verdadeiro óbice ao exercício dos direitos da personalidade¹⁸.

¹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.46

Compreendida a necessidade da existência de limites à autonomia privada, passe-se, nas próximas seções, à análise dos limites à autonomia privada, extraídas do ordenamento jurídico.

2.3.1 Lei

A partir do momento que se compreende a autonomia privada como um poder concedido ao particular, capaz de lhe gerar a possibilidade de regular seus próprios interesses, tal poder apenas será válido, se exercido dentro de certos limites, sendo um deles, a lei.

Desse modo, os particulares não podem excluir os elementos de existência e os requisitos de validade dos negócios jurídicos previstos legalmente.

Neste íterim reside a limitação normativa à autonomia privada nos negócios jurídicos, vale dizer, “os pressupostos, assim como a maioria dos efeitos do negócio jurídico em geral, não estão sujeitos à disposição das pessoas, por não serem atingidos pelo poder da autonomia privada, uma vez que estão sob outra competência, a da lei, ou seja, não estão sob alcance do sujeito de direito, mas do legislador.[...]”¹⁹.

Para que a lei venha a tutelar os negócios jurídicos realizados pelos particulares, é necessário que os negócios não possuam conotação de irrelevantes, ilícitos e ilegais.

A figura do negócio irrelevante é definida como aquela que a ordem jurídica não reconhece, nem reprovava, ou seja, não protege, nem combate”, havendo, portanto, uma completa indiferença.

Ato contínuo, os negócios reprovados pelo Direito são qualificados como ilícitos. Nesse caso, a autonomia privada é empregada com fins antissociais, podendo, inclusive, ser caracterizado como crime, uma vez que ofende os interesses, gerais ou particulares, que a ordem pública ou os bons costumes de uma sociedade preveem.

¹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.58

Por último, tem-se os negócios ilegais, ou irregulares, sendo eles desprovidos dos requisitos previstos em lei, vale dizer, embora não reprovados pelo Direito, não possuem os requisitos exigidos por lei para obter a adequada proteção do ordenamento. São negócios inidôneos, porque não podem ser resguardados em sua plenitude, conforme a intenção das partes.

Segundo Daniel Sarmento, a limitação normativa faz-se imprescindível, porque se toda autonomia privada fosse absoluta, os valores de igualdade, solidariedade, segurança não poderiam ser resguardados e a sociedade estaria fadada a viver em anarquia, em um permanente “estado de natureza”, com a prevalência da vontade do mais forte.²⁰

2.3.2 Ordem pública

A ordem pública é elencada como uma outra limitação à autonomia privada, uma vez que seria inadmissível, dentro do atual ordenamento negócio jurídico contrário à ordem pública, quer dizer, “aos interesses fundamentais que o nosso sistema jurídico procura tutelar e aos princípios correspondentes que constituem como que um substrato desse sistema”²¹.

Tais normas limitam a autonomia privada sob o argumento de assegurar a segurança das relações jurídica, uma vez que sobrepõe o interesse público ao do interesse particular.

Miguel Reale classifica as normas de ordem pública como normas cogentes, afirma, ainda, que a ordem pública é um limite que deve ser seguido e aduz que “Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados”²².

²⁰ SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. In: PEIXINHO, Manoel Messias et. al. (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.231.

²¹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1998, v.2, p.335

²² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.131

Segundo Francisco Amaral, a ordem pública se refere à liberdade, à igualdade dos cidadãos, ou seja, são indispensáveis à organização social²³.

A professora Roxana Caroso Brasileiro Borges, afirma que:

No que se refere a ordem pública, esse é um fator limitante que visa a impedir que a disponibilidade de certos bens prejudique a ordem jurídica vigente, assim como a organização social estabelecida. Ou seja, é um princípio conservador, no senti mais original da palavra [...]Em outro sentido, pode-se afirmar que manutenção da ordem pública é, no final, um dos principais objetivos do direito. [...]Assim, percebemos o alto valor que a ordem pública tem para a maior partes das concepções sobre o direito.²⁴

Diante do quanto aqui exposto, conclui-se pela grande relevância da ordem pública como um fator limitante da autonomia privada, uma vez que visa a manutenção da organização social estabelecida, este um dos fins precípuos do direito em si.

2.3.3 Moral e bons costumes

De acordo com Francisco Amaral, bons costumes devem ser entendidos como um conjunto de regras morais de um povo, ou seja, devem ser entendidos como o aspecto moral da ordem pública²⁵.

Manuel A. Domingues Andrade, em seus estudos, dispõe que a ilicitude do negócio, no que tange ao seu objeto, se dá por duas maneiras: ilegalidade ou imoralidade, veja-se:

[...] a lei não o proíbe ela mesma, mas só enquanto remete para as prescrições da moral, nelas como que delegando tal proibição. A lei não condena aqui certos negócios porque ela própria os considere imorais. Condena antes quaisquer negócios que a moral reprove. O conteúdo da norma proibitiva não é determinado pela lei mas sim pela moral. A lei nada mais faz do que subscrever em branco as prescrições da moral, como que impondo-lhes o selo da jurisdição, dando-lhes incontroladamente a chancela do direito²⁶.

Conclui-se, portanto, a partir do entendimento do autor citado acima, que moral limitadora da autonomia privada, deve ser entendida como a moral pública, a moral objetiva, que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social. Não se

²³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.80

²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.136

²⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.80

²⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1998, v.2, p.331

trata da moral que se observa e se pratica, mas dá moral como um conjunto de regras aceitas pela consciência social.

Francisco Amaral entende como fatores de limitação à autonomia privada a ordem pública, a boa-fé e os bons costumes, estes entendidos como “um conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos patrimoniais, do jogo, etc”²⁷.

Vale dizer que, na maioria das vezes, moral e bons costumes podem ser considerados conceitos autorreferente, uma vez que, considerar um negócio imoral ou ilícito seria, por óbvio, contrário aos bons costumes.

O conceito de bons costumes, porém, é variável de acordo com o tempo e lugar. Na lição de Carlos Alberto da Mota Pinto, os bons costumes abrangem o conjunto de regras éticas aceitas pelas pessoas honestas, corretas, de boa-fé, em um dado ambiente e momento²⁸.

Uma outra definição seria de que os bons costumes consistem no conjunto de diretrizes comportamentais, pautados na moralidade média da sociedade.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges muito bem expõe:

Sem pretender separar o direito da moral ou tecer teorias sobre a relação entre ambos, considera-se que a moral, por si só, assim como os bons costumes, quando não refletidos em lei (que seja constitucional) ou quando não inferidos do ordenamento, não podem servir como barreiras jurídicas (pseudojurídicas) para as escolhas de vida de uma pessoa.

[...]

Enfim, por não se admitir a possibilidade de uma concepção objetiva da dignidade; por não considerar que a sociedade possa ser tida como sujeito autônomo, dotado de consciência e moral próprias; por não se considerar a sociedade como um corpo único, mas como uma pluralidade de individualidades diversificadas; por não se considerar que algum tipo de costume possa adequadamente ser considerado bom ou mau em si mesmo [...] a moral e os bons costumes, ambos, num Estado de Direito, democrático e pluralista, não podem constituir fatores isolados restritivos às liberdades pessoais [...]²⁹.

A partir da análise do quanto dito nesta sessão, percebe-se que a utilização da moral e bons costumes como limites à autonomia privada pode ferir os direitos dos

²⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.347

²⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.552

²⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.137-138

envolvidos nas situações concretas, uma vez que tais conceitos são vagos e dependem de critérios frágeis para sua a determinação, sendo eles a consciência coletiva e os valores de um homem médio.

Diante disso, fica evidente que não se pode esperar de uma sociedade pluralista uma consciência coletiva ou valores uniformes, pois, o fazê-lo representa para o direito um retrocesso, razão pela qual os conceitos de bons costumes e moral deviam ser desconsiderados como limitantes à autonomia provada, sob pena de ferir a liberdade dos indivíduos nos tratos negociais.

2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Para que consigamos entender a relevância da autonomia privada no âmbito do direito de família, é de suma importância que antes seja feito uma análise da evolução histórica deste direito no nosso ordenamento.

É importante salientar que serão eleitas algumas passagens no tempo, uma vez que não é a finalidade do presente trabalho abordar aprofundadamente o tema, mas, tão somente, compreender essa instituição ao longo dos anos até chegar ao momento atual da família brasileira.

De todos os ramos do direito, o direito de família é o que está mais intimamente ligado à vida em si, de modo que, segundo Carlos Roberto Gonçalves, logo no início da sua obra, define que a “família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental que repousa toda a organização social.”³⁰

Utilizando como marco o Direito Romano, naquele momento histórico, a família era organizada sobre o princípio da autoridade, de modo que o *pater familias* exercia sobre os filhos, esposa, noras toda sua autoridade, podendo impor-lhes castigos, penas corporais e até mesmo a retirada da vida.

Nesta época o *pater* concentrava na sua figura a unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v.6 p.17

Na gestão do Imperador Constantino, por volta do século IV, a concepção no direito romano passa a ter uma conotação mais cristã, onde preocupações de ordem moral passam a imperar, o que ocasionará, mais adiante uma redução da autoridade, outrora, ilimitada do *pater*.

Durante a Idade Média, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “as relações de família, regiam-se exclusivamente pelo direito Canônico, sendo o casamento religioso único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observa-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica”.³¹

O casamento aos olhos do direito germânico era algo sagrado e indissolúvel.

Com o passar dos anos é chegada a era das codificações, esta originada na Revolução Francesa do século XIX, sob a égide do Estado liberal clássico, sendo os produtos mais importantes desse momento histórico o Código de Napoleão, de 1804 e o BGB alemão de 1900.

Esse fenômeno da codificação e o estilo de direito positivado, influenciou todo direito ocidental, de modo que o legislador brasileiro utilizou esse modelo como referência para criação do Código Civil de 1916.

A família brasileira, portanto, guardou as marcas de suas origens, lastreadas na família romana, cuja característica predominante era a autoridade do chefe de família e da família medieval, na qual o casamento tinha caráter sacramental, posturas estas fincadas na tradição que até a proposta de igualdade de gêneros, filiação, por exemplo, abarcadas pela constituição, enfrentam dificuldades de sepultar.

Nesse seguimento, o Código Civil de 1916, retrata o momento histórico vivenciado, cujos valores burgueses do século XIX estavam em evidência, de modo que o direito de família fora disciplinado sobre a égide de uma proposta completamente patrimonialista e hierarquizada, sendo preterido, naquele momento, a valorização da pessoa humana em si.

O casamento tinha fins predominantemente econômicos, sendo estipulado como único meio de formação de família legítima; a procriação, de igual modo tinha a

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v.6 p.32

finalidade de perpetuação do patrimônio e da linhagem familiar; o marido era definido chefe da sociedade conjugal, competindo a administração dos bens comuns e particulares da sua mulher e a ele era resguardado o direito de autorizar ou não que sua esposa trabalhasse; o regime de bens era irrevogável; havia distinção entre filhos havidos fora do casamento; e os institutos da tutela, curatela e ausência tinha fins de meramente proteção e determinação de administração de bens.³²

O Código Civil de 1916 constituiu quatro figuras, todas estas encabeçadas por homens, sendo elas, o marido, o proprietário, o testador e o contratante.³³

Fica claro que a família não era considerada uma cédula da sociedade, mas sim, uma cédula do Estado³⁴, sendo as suas bases lastreadas no conceito de *pater familia*, trazido de Roma.

Esse quadro social apenas veio avançar um pouco mais, no sentido de resguardar, minimamente, a igualdade de gêneros e, por consequência, a autonomia dos entes familiares, com o advento, primeiro, do Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/62³⁵ (antes disso, a mulher era considerada relativamente incapaz) e Lei 6.515/77³⁶, que legalizou o divórcio na sociedade brasileira.

Todas essas alterações legislativas ocasionaram em um processo de fragilização do Código Civil de 1916, fenômeno que a doutrina civilista chama de descodificação, uma vez que foram necessárias a criação de uma série de leis esparsas, viáveis de reger a nova formação e necessidades da sociedade, tudo fruto de uma transição histórica do Estado Liberal para o Estado Social.

Assim, com o passar do tempo, bem como lastreada em mudanças sociais e, em especial, jurisprudenciais, e, a partir de uma mudança comportamental da sociedade, o advento da Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova era de valores, todos estes pautados na dignidade da pessoa humana, o que, por óbvio, repercutiu no Direito de Família.

³² PLANALTO. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 07 nov.2017

³³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4.ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.4

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.39

³⁵ PLANALTO. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 07 nov.2017

³⁶ PLANALTO. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm Lei 6.515/1977. Acesso em: 07 nov.2017

Acertadamente, Leonardo Barreto Moreira Alves³⁷ dispõe que:

Em regra, é a sociedade que constrói o Direito, não o contrário. Não se permite que a norma jurídica fique vazia, sem sentido, sem eficácia substancial, desligada do seu tempo, da sua época, cega aos fatos e evoluções. Ao legislador não cabe fingir que a prática não existe, ignorá-la, criando leis que demonstram apenas a intenção do que ele quer que seja verdadeiro e não que espelham a realidade social.

[...]

Resumindo, uma nova sociedade, mais veloz e dinâmica, aberta livre e pluralista e multifacetária, era a visto no Brasil, mostrando a real mudança dos tempos. Desse modo, caiu por terra o paradigma da unicidade, não se aceitando mais um único conceito, uma única verdade. Por isso, obviamente, o modelo único proposto pelo Código Civil arrefeceu, não mais conseguindo atender às aspirações múltiplas da sociedade.

Ou seja, a materialização do Estado Democrático de Direito se deu através da Constituição Federal de 1988, fruto da transformação da realidade social, pautada, sobretudo, na promoção dos direitos fundamentais.

Tais normas passaram e incidir, também, nas relações privadas, ou sejam, ocorre o fenômeno da horizontalização dos direitos fundamentais, que faz nascer um mix entre o direito público e o direito privado e, por consequência um novo direito civil, denominado de direito civil constitucional. Tema este que será mais aprofundado no próximo tópico.

A Constituição de 1988, desse modo, pode ser considerada como o fator culminante da lenta evolução do direito nas relações familiares e de parentesco, que revolucionou o Direito de Família, a partir de alguns eixos: entidade familiar plural (Art. 226), igualdade de direitos da filiação, seja ela constituída por relação fora do casamento ou por adoção (Art. 227, §6º); igualdade entre homens e mulheres (Art. 226, §1º); solidariedade familiar (226, §8º).

Ou seja, o modelo jurídico da família brasileira fora alterado completamente.

Na sequência da linha do tempo, é possível afirmar que o Código Civil de 2002 pode ser considerado um ampliador dos ditames previstos na carta Magna de 1988.

Carlos Alberto Gonçalves, de forma acertada elucida que “todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à aprovação do Código

³⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 68

Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem a verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar”.³⁸

Desse modo, fica claro que todas essas mudanças na legislação refletem a função social da família, célula *mater* da sociedade.

2.4.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família que surge após a Constituição Federal de 1988, tem o papel primordial de fazer com que, no seu cerne, as pessoas vivam com dignidade, através da garantia da felicidade de cada um dos seus integrantes.

Diante disso, o Código Civil de 2002 procurou adequar a evolução social, razão pela qual o direito de família passou a ser regulamentado à luz dos princípios e normas fundamentais.

Nesse seguimento, afirma Carlos Roberto Gonçalves que “as alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges e companheiros e aos elevados interesses da sociedade”.³⁹

Assim, busca-se neste tópico abordar, brevemente, os princípios sobre os quais é regido o novo direito de família, a fim de que seja possível compreender esse novo paradigma.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v.6 p.34

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v.6 p. 21-22

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 constitui a base da comunidade familiar e dele decorrem todos os demais princípios.

Segundo Leonardo Barreto Moreira Alves, “a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o eixo filosófico do Direito Civil passa a centrar-se na própria pessoa humana”.⁴⁰

Ou seja, há uma alteração completa de paradigma do “ter” para o “ser”.

Tem-se o princípio da solidariedade familiar, previsto no artigo 226, §8º⁴¹ da Constituição Federal de 1988, que busca a assistência mútua e proteção dos integrantes da família.

Ademais, outro princípio que inaugura uma nova era é o princípio da igualdade, previsto no art. 226, 6º § da Constituição Federal de 1988 e no art. 1.511 do Código Civil de 2002, que se desdobra em várias searas, sendo elas: na relação entre cônjuges e companheiros e nas questões atinentes a filiação.

A absorção desse entendimento pelo nosso ordenamento, demonstra que o patriarcalismo não mais encontra espaço na nossa sociedade, não mais sob a égide do amparo legal.

Desse modo não cabe mais apenas ao homem o sustento familiar, mas também à mulher, guardadas, obviamente, a condição financeira de cada um, como também o livre uso do nome e requerimento de alimentos recíprocos.

De igual modo, a igualdade passa reinar no âmbito das filiações, de modo a não haver mais diferenças entre filhos havidos na constância ou não do casamento, realidade essa estendida aos filhos adotivos e gerados por inseminação artificial heteróloga.

Flávio Tartuce, bem define quando afirma em sua obra que “ não se pode mais utilizar expressões filho adulterino ou filho incestuoso, pois são discriminatórias.

⁴⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 68

⁴¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Também não se podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões filho espúrio ou filho bastardo.⁴²

Outro princípio importante de trazermos à baila é princípio da pluralidade de formas de família, conforme preconiza o art. 226, §3º e 4º, da Constituição Federal de 1988, inclusive, tendo o constituinte, acertadamente, passando a usar a expressão “entidade familiar” no lugar de “família”, buscando dar uma conotação de mudança definitiva para com o antigo modelo.

Diante dessa realidade, a família, antes constituída apenas pelo casamento, mas também aquela decorrente da união estável, a que possui apenas um dos genitores monoparental), a que é formada apenas pelos filhos (anaparental), a formada por pessoas do mesmo sexo (homoafetiva) e caracterizada pelo vínculo afetivo (eudemonista).

Há também a inserção do princípio da afetividade que promulga a ideia de que a família é o principal ambiente de promoção da personalidade humana, devendo sempre imperar o *affectio familie*, devendo sempre prevalecer os laços de afetividade, sobre os elementos formais, fundamento este, inclusive, família socioafetiva.

Dentre os que foram eleitos para serem abordados neste trabalho, traz-se a conhecimento o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, previstos do art. 226, §7º da Constituição Federal, dispondo que cabe ao casal a livre disposição quanto ao seu planejamento familiar.

Conclui-se, portanto, que a família preconizada através da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, sobretudo, a dignidade dos seus componentes, viabilizando a felicidade de cada um deles, uma vez que eles são considerados e respeitados na sua individualidade e coletividade, formando uma unidade familiar, que deve ser respeitada e vista pela sociedade na forma e status que se apresenta.

⁴² TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In. TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). Manual de direitos das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey Mandamentos, 2008, p. 35-31

2.5 A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Historicamente, como já dito, a família não era concebida como uma célula da sociedade, mas sim, como uma célula do Estado, apenas sendo criada, desenvolvida e extinta se o Estado chancelasse tais atos, sendo que, tudo girava em torno do matrimônio e sobre os efeitos, principalmente patrimoniais dele.

Ou seja, as premissas relativas ao exercício da autonomia no âmbito negocial não perpassavam pelas questões relacionadas ao direito de família, sendo este instituto regido, predominantemente, por normas de caráter cogente, esvaziando, por óbvio, quaisquer ingerência dos entes familiares sobre suas próprias relações.

Assim, a família regida pelo Código Civil de 1916 não gerava espaço para o exercício da sua liberdade dos seus integrantes.

O advento da Constituição Federal de 1988 altera esse cenário de forma significativa, trazendo uma série de alterações para o Direito de Família.

Primeiro a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, com a finalidade de gerar as diretrizes básicas de aplicação das normas civis em concomitância com as do direito constitucional, resignificaram o conceito de família.

Toda essa nova roupagem trouxe uma proposta mais democrática para esse universo, passando a dignidade dos seus membros ser valorada e protegida por lei e, conseqüentemente, há mais espaço para o exercício da autonomia privada nesse ínterim.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira⁴³, a família, pós constituição, passou a ser compreendida como:

Ficou muito claro que a Constituição Federal provocou unir a liberdade do indivíduo a importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5^a, bem como de outros princípios, conferindo-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como cédula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto sim, é o que deve interessar ao Estado.

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 158

O afeto passar a ser reconhecido base da família moderna, um dos princípios norteadores do direito de família atual, decorrente da dignidade da pessoa humana⁴⁴.

A seara privada das relações conjugais passa a ter menos ingerência do poder público, há mais liberdade de formação e extinção da família, ou seja, mais autonomia dos entes para disporem sobre suas vidas privadas.

Exemplos que se pode trazer à baila, os quais demonstram uma maior autonomia privada no âmbito familiar seriam: parentalidade socioafetiva, fixação de domicílio, regularização da guarda, educação da prole, direito ao planejamento familiar.

Mais uma vez, acertadamente, Rodrigo da Cunha Pereira⁴⁵, elucida que:

No seio familiar, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta orbita, interna exsurtem disposições que farão com que a sociedade e o estado respeitem e reconheçam a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.

Segundo Flávio Tartuce⁴⁶, a autonomia privada deixa de existir apenas no âmbito contratual, negocial, passando a reger, também, as relações familiares, pois, uma vez que se está a entender o afeto como base da família moderna, e, com base nele, ao indivíduo é assegurado o direito de escolher com quem vai namorar, ter filhos, casar, constituir união estável, por óbvio, há a existência do exercício da autonomia privada neste instituto, célula *mater* da sociedade.

É importante ressaltar que o Estado continua a exercer um poder de fiscalização e controle sobre o Direito de Família, entretanto, o que não se deve permitir é que a ingerência seja tamanha, a ponto de cercear o exercício da autonomia privada dos indivíduos que compõem aquele núcleo familiar, devendo sempre ser observadas a sua livre vontade e liberdade.

Desse modo, a família atual, considerada uma entidade democrática, aberta, plural, cuja missão maior é a promoção da dignidade de seus membros, e, a perpetuação

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. In. TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). Manual de direitos das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey Mandamentos, 2008, p. 47

⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 155

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. In. TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). Manual de direitos das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey Mandamentos, 2008, p. 45

da autonomia privada neste ínterim é de suma importância para a preservação desta nova roupagem e propósito social.

Na visão de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald⁴⁷, depreende-se que:

Com isso, forçoso é reconhecer a suplantação definitiva (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade [...].

A partir disso, percebe-se, sem embaraços, que o Estado começa a se retirar de um espaço que sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se que venha, em futuro próximo, a cuidar com mais vigor e competência das atividades que, realmente, precisam de sua direta e efetiva atuação). Foi vencido na guerra. E o vencedor (a pessoa humana, revigorada pelo reconhecimento, em sede constitucional, de sua fundamental privacidade, com expressão de sua dignidade), pode, agora, desenvolver amplamente os seus projetos existenciais e patrimoniais, como corolário de sua liberdade.

Por tudo o quanto aqui dito, entende-se por uma menor intervenção do estado no âmbito familiar, ou seja, uma intervenção mínima, de modo a prevalecer a autonomia privada dos seus componentes, uma vez que essa é a única via de assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais elencados na carta magna, e, para tanto, acredita-se no uso do instrumento da mediação como meio adequado para assegurar a observância desta autonomia, nos casos em que se há conflito instaurado neste núcleo da sociedade.

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21-22

3 DA MEDIAÇÃO

A escolha pelo procedimento da mediação, como um meio apto a solucionar conflitos, ainda é muito tímido na sociedade brasileira.

Em que pese o novo Código de Processo Civil traga consigo uma proposta de incentivo aos métodos de solução consensual de conflitos, uma vez que, em seu Art. 3º, § 3º, elenca dentre as normas fundamentais do processo civil o estímulo ao uso da mediação e da conciliação pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

O aprofundamento do estudo desse método não adversarial de solução de litígios é necessário, pois o emprego adequado das técnicas tem se mostrando de grande valia para solução dos conflitos de natureza familiar.

Objetiva-se divulgar, ainda mais, a mediação como método capaz e eficaz na resolução das demandas oriundas do direito de família, uma vez que as pessoas envolvidas naquele conflito, muitas vezes, precisam manter o relacionamento após o impasse vivenciado.

Sendo assim, fica evidente que o investimento neste instrumento, ocasionará uma redução nas ações que são propostas, diariamente, junto ao Poder Judiciário, favorecendo, com isso, a uma prestação jurisdicional mais célere, barata e adequada a cada tipo de litígio, o que auxiliará na concretização do direito fundamental de acesso à justiça, uma vez que a família brasileira terá mais voz para transigir sobre as situações que dizem respeito.

Atualmente, a Lei 13.140/2015, conhecida também como Marco Civil da Mediação, aborda em seu bojo todos os pontos relativos a este procedimento (princípios, formação e capacitação de mediadores, modalidades, dentre outros), tanto no âmbito particular quanto no que tange a administração pública, cuja definição se encontra expressamente prevista no art. 1º, § único da aludida lei.

No âmbito do direito de família, o prestígio fora inequívoco, uma vez que, o novo Código de Processo Civil dedicou o Capítulo X para incentivar e regulamentar o uso deste instrumento em conflitos de natureza familiar.

3.1 CONCEITO

A mediação é um mecanismo consensual de solução de conflitos, através do qual um terceiro imparcial, que pode ser escolhido ou aceito pelas partes, atuará no sentido, de auxiliar os interessados a encontrarem, por si mesmos, a solução mais justa e apropriada para sua divergência.

A Lei 13.140/2015, que dispõe sobre o procedimento da mediação entre particulares e no âmbito público, em seu artigo 1º, § único define o procedimento como “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.”

Nesse contexto, busca-se a autocomposição do litígio, que seria uma alternativa passível de resolver e/ou prevenir o conflito, a qual é construída pelas partes, que tem como objetivo precípuo proporcionar satisfação de ambas, entretanto, tal consenso somente é alcançado em razão da existência do terceiro imparcial e neutro, denominado de mediador.

Trata-se, portanto, de um diálogo assistido pelo mediador, o qual visa facilitar a solução do problema existente entre os interessados, de forma que o bom tratamento entre essas pessoas seja preservado.

Nas palavras de Roberto Portugal Bacellar a mediação seria uma “técnica que induz as pessoas interessadas na resolução de um conflito a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos, e que preservem o relacionamento entre elas.”⁴⁸

Diante disso, é possível dizer que a mediação consiste em um método de resolução de conflitos, cujas técnicas existentes devem ser adequadas a cada caso especificamente, isso com o objetivo de permitir que se alcance sucesso ao final de cada procedimento.

⁴⁸ BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos moldes consensuais de resolução de conflitos, **Revista dos Tribunais**, a. 24, n. 95, jul/set., 1999, p. 127

Nesse sentido também entende Petrônio Calmon quando diz que: “A mediação não possui formas rígida, mas a sua realização profissional é caracterizada por métodos elaborados e comprovados com rigor científico.”⁴⁹

Tal mecanismo possui uma série de técnicas, as quais visam estimular o diálogo entre os demandantes, fazendo com que estes visualizem objetivos em comum que ainda possam existir, apesar do conflito vivenciado, é claro, almejando a resolução da controvérsia, de modo que, todos saiam satisfeitos, já que a conclusão deu-se através da interação e compreensão do problema pelas partes, o que é de grande relevância quando se está a falar do direito de família.

Em síntese:

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória.⁵⁰

A atividade de mediar busca, além dos objetivos já expostos, demonstrar aos participantes que o conflito está presente nas relações humanas, sendo ele, inclusive, necessário ao desenvolvimento e progresso das relações sociais.

Ocorre que, o que vem a ocasionar desentendimentos é a má administração dos conflitos que são inerentes a relação familiar que, muitas vezes chegam a tal ponto que se tornam insuportáveis de sustentar, o que ocasiona na ruptura da unidade familiar, de modo que uma vez que as partes se disponham a resolvê-los pacificamente, através do diálogo, o conflito pode vir a se tornar algo positivo e fator de crescimento pessoal.

Portanto, é possível dizer que:

[...] o conflito, quase sempre tomado como algo negativo, é entendido pela mediação como algo positivo, natural e necessário para o aprimoramento das relações, e sua boa administração representa o caminho para o entendimento e para a harmonia entre as partes.⁵¹

Vale ressaltar, a necessidade das partes de estarem comprometidas com o procedimento, uma vez que é indispensável à exposição efetiva do problema que

⁴⁹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121

⁵⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 23

⁵¹ Ibidem, p. 24

está se passando, chamado por alguns autores de “conflito real”. Pois, se elas não se dispõem a falar, verdadeiramente, o que está lhes provocando mal-estar, expondo somente o “conflito aparente”, a mediação não logrará êxito, correndo o risco de o problema acabar se agravando.

De igual modo entende Ademir Buitoni, quando expõe que:

Essa é uma das bases da mediação: trabalhar a subjetividade do conflito, o lado oculto que todo conflito apresenta, o não verbal, o que se esconde no conteúdo latente do conflito, que, frequentemente, é diferente do conteúdo manifesto do conflito. A mediação procura ir além das aparências explícitas, investigando os pressupostos, implícitos do conflito.⁵²

Por tudo aqui exposto até o momento, é de suma importância elencar os objetivos que a mediação almeja atingir, sobretudo no direito de família, uma vez que vista e utilizada como uma alternativa viável para solução dos conflitos neste núcleo social, pode-se dizer que é neste momento fica claro o comprometimento do procedimento em oferecer a sua contribuição para a pacificação no âmbito familiar, bem como proporcionar o acesso a uma ordem jurídica justa venha realmente a se concretizar.

Isto porque, o acesso à justiça não está somente associado à possibilidade de direcionar um pedido ao Poder Judiciário, mas, sim, ao entregar nas mãos de um terceiro a expectativa de finalização de um problema, pressupondo a melhor prestação possível, na qual a qualidade do que fora decidido venha a causar uma real justiça para ambas às partes⁵³, sendo que isto pode ser alcançado através da mediação, pelos motivos que foram e ainda serão abordados.

Logo, o primeiro objetivo é proporcionar a solução dos conflitos familiares que lhes é colocado para apreciação, isso por meio da facilitação do diálogo entre as partes, o qual será estimulado pelo mediador, através da adoção de técnicas adequadas, que buscam fazer com que os litigantes enxerguem o impasse de uma forma positiva, objetivando sempre encontrar pontos de convergência nos interesses em questão, o que ocasionará a resolução real da demanda apresentada.

Em seguida, se tem em vista a prevenção de litígios, já que o método utilizado estimula a comunicação pacífica, em razão de incitar que cada componente do caso

⁵² BUITONI, Ademir. **A função da intuição na mediação**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, n. 19, out/dez, 2008, p. 53

⁵³ BARBOSA, Joyce de Matos; ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **O instituto da mediação (parte II)**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 6, n. 22, jul/set, 2009, p. 71

vivido avalie a sua parcela de responsabilidade, concluindo, por si só, quais são os seus direitos e deveres perante aquele caso.

O terceiro objetivo é permitir a inclusão social e empoderamento do ente familiar, viabilizando que as pessoas participem ativamente, da resolução das suas divergências, o que as faz sentir mais valorizadas e confiantes no procedimento escolhido, uma vez que passam a se considerarem os atores principais de sua própria vida.

A questão relativa à inclusão social é de grande importância, pois “apresenta um forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população, na perspectiva de acesso à justiça, na conscientização dos direitos, enfim, no exercício da cidadania”.⁵⁴

Além de tudo isso, também há o objetivo de proporcionar a concreta pacificação no âmbito familiar, de modo a assegurar a efetivação dos direitos fundamentais relacionados a família, pois, a partir do momento que eles se tornam agentes ativos das decisões que são tomadas, iniciada através do diálogo que foi estimulado, tornam-se mais conscientes e comprometidos com o seu papel dentro daquele contexto familiar.

É importante mencionar que a escolha da mediação, não exclui a participação dos advogados no procedimento, pois ninguém está impedido de recorrer ao auxílio de um profissional habilitado para desempenhar, exercer atividade jurídica, somente porque as partes elegeram este método autocompositivo para resolver seus entraves.

Nesse sentido, é possível dizer que este mecanismo é uma:

[...] forma pacífica e participativa de solução de conflitos, exige das partes envolvidas a discussão sobre os problemas, sobre os comportamentos, sobre direitos e deveres de cada um – todo esse diálogo realizado de fora cooperativa, fortalecendo o compromisso ético com o diálogo honesto.⁵⁵

Portanto, eis o conceito de mediação, demonstrando a sua utilidade como uma alternativa eficiente na efetivação da autonomia privada no âmbito familiar, bem como o fato de sua técnica se mostrar eficaz na solução dos litígios existentes nesta relevante parcela da sociedade.

⁵⁴ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 23, p. 37

⁵⁵ Ibidem, p. 38

3.2 MEDIAÇÃO X CONCILIAÇÃO

Ao tratar da mediação é de grande importância abordar os demais métodos alternativos de solução de conflitos, pois algumas semelhanças existentes entre eles podem ensejar dúvidas, de forma que, uma exposição adequada acerca do que venha a ser cada um deles se mostra imprescindível para adoção do método mais adequado para ser utilizado no caso concreto. Deve-se ressaltar que para cada tipo de conflito existente, há um mecanismo de solução mais apropriado.

Dessa forma, existem a negociação, mediação, conciliação, arbitragem e processo judicial como meios aptos a solucionar as lides existentes na sociedade atual, cada um com sua peculiaridade e procedimento a ser adotado, devendo o conflito ser analisado de uma maneira que se possa optar pelo que trará mais benefícios as partes.

É possível classificar os meios de solução dos conflitos de três formas, que sejam autotutela, autocomposição e heterocomposição.

A autotutela, utilizada em larga escala pelos povos mais primitivos, consistia no uso da força de quem a detinha em relação aos mais fracos, com a finalidade de fazer prevalecer a sua vontade, hoje, este mecanismo é rechaçado no ordenamento jurídico.

Já a autocomposição é definida como um mecanismo não adversarial de conflitos, de modo que os contendores, através do diálogo, fazem concessões mútuas e/ou chegam a um consenso sobre o litígio em questão, de modo a pôr fim ao impasse experimentado, sendo classificadas de igual maneira a negociação, conciliação e mediação.

A heterocomposição consiste em um procedimento adversarial de conflitos, já que há uma substituição da vontade das partes a um terceiro, que é investido na função por meio da arbitragem ou do processo judicial.

Depois de breve exposição, vale ressaltar que, a mediação distingue-se dos mecanismos abaixo listados, principalmente pelo fato de criar condições para a manutenção do vínculo entre as partes componentes do impasse, tendo em vista o

método adotado, permitindo-lhes, desta forma, solucionar ou prevenir os conflitos entre elas.

A conciliação é um método alternativo de solução de conflitos, através do qual um terceiro irá interferir ao longo do procedimento, com a finalidade de propor alternativas passíveis de encerrar o conflito existente entre as partes.

O conciliador, assim denominado o terceiro responsável por conduzir os encontros entre as partes, irá sugerir soluções que tenham como objetivo sanar as divergências entre os litigantes, isso com base nos fatos que foram trazidos ao seu conhecimento pela narrativa delas.

Sua atuação será sempre ativa, uma vez que, emitirá opinião acerca do conflito, dando a sua visão sobre uma possível decisão para o problema, além de aconselhar as partes acerca de acordos considerados, de acordo com a sua análise, como favoráveis a ambas as partes.

Dessa forma, na conciliação existe uma interferência do conciliador, entretanto não há uma obrigatoriedade em acatar as suas sugestões, de maneira que novas propostas podem surgir com a finalidade de se alcançar a conclusão mais benéfica para ambos os participantes.

Logo nas definições iniciais percebe-se a distinção entre a conciliação e a mediação:

Na mediação não há essa interferência. O mediador apenas facilita o diálogo e, por meio de técnicas próprias, estimula as partes a sugerirem soluções. O conciliador aponta soluções, porém cabe às pessoas aceitar ou não. O mediador, por sua vez, incentiva que as próprias partes encontrem as soluções, cabendo-lhe apenas organizar as ideias apresentadas. O diálogo na conciliação é mais superficial do que na mediação.⁵⁶

Assim, mesmo que a linha, que distingue um procedimento do outro seja muito tênue, a diferença existe e é possível de ser confirmada quando analisada no caso concreto.

Conforme exposto em momento oportuno, a mediação é mais apropriada a determinados tipos de litígios, sobretudo os de natureza familiar, uma vez que os conflitos possuem caráter afetivo e emocional grande, o que exige uma discussão mais prolongada, o que se adéqua melhor ao procedimento da mediação.

⁵⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 43

Diante disso, a conciliação é aconselhável aos impasses que envolvam questões mais simples, que não exijam um exame mais aprofundado da lide e dos sentimentos envolvidos naquele caso.

Na prática isso é possível de ser verificado através dos Juizados Especiais, cuja a matéria ali abordada, via de regra de cunho consumerista ou cível, de modo que a conciliação é mais indicada para esses conflitos.

Vale ressaltar que, de acordo com Petrônio Calmon, “as experiências que se verificam hoje, no Brasil, indicam muito mais a atividade conciliatória concomitante ao processo do que pré-processual.”⁵⁷

Pelo exposto no presente tópico, foi demonstrado os principais elementos inerentes a conciliação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus pontos de convergência e divergência com a mediação, a qual é objeto de estudo no presente trabalho no âmbito familiar.

3.3 MODALIDADES DE MEDIAÇÃO

O critério para definição da modalidade de mediação a ser utilizada entre as partes, não está, necessariamente, associado ao local de realização, ou seja, dentro ou fora dos limites do Poder Judiciário, mas também deve-se levar em consideração a qualidade do mediador e no momento da instauração do procedimento, conforme será demonstrado a seguir.

Todas as modalidades aqui abordadas, estão previstas nos Seção III, subseções II e III da Lei 13.140/2015.

3.3.1 Prévia

A mediação prévia dar-se-á sem a existência de processo judicial, podendo acontecer no âmbito do Poder Judiciário ou não.

⁵⁷ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 147

Assim, será considerada judicial quando deflagrada através do preenchimento de um formulário padronizado, o qual deverá ser assinado pela parte e seu procurador, e, em seguida, ser apresentado ao Poder Judiciário local.

Diante disso, o pedido será distribuído para o mediador judicial, o qual irá marcar o dia para que a sessão aconteça, caso uma das partes não compareça, o procedimento será frustrado, entretanto, havendo acordo, o mediador lavrará o termo de mediação, de forma que este terá natureza de título executivo extrajudicial, salvo se homologado por um juiz, a requerimento das partes, neste caso, será considerado título executivo judicial.

Ainda sobre a mediação prévia judicial, é imperioso informar que podem as partes mudar o mediador designado inicialmente, sendo facultado escolher outro no âmbito do Poder Judiciário ou até mesmo que atue de forma independente, qual seja, o mediador extrajudicial.

Desta forma, adentra-se na possibilidade de ocorrer a mediação prévia extrajudicial, que pode acontecer nos moldes parágrafo acima citado.

Sendo assim, o mesmo dispõe sobre a faculdade das partes elegerem, de comum acordo, pessoa que exerça a atividade de forma independente ou por meio de instituições privadas para poderem dirimir seu conflito.

Feita a escolha dessa modalidade, o mediador apto a desempenhar esta atividade será aquele que for considerado “pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, independente e oriunda de qualquer profissão que não advogado”⁵⁸, devendo também estarem inscritos nos Tribunais de Justiça dos Estados.

Em ambos os procedimentos, é possível valer-se de um co-mediador, assim intitulado por estar presente com a finalidade de auxiliar o mediador, pois é considerado um profissional que tem maior afinidade com área objeto do litígio, a qual, na maioria das vezes, é diversa da jurídica, como por exemplo, psiquiatra, psicólogo e assistentes sociais.

⁵⁸ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é a mediação de conflitos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007, p. 129

3.3.2 Incidental

No que tange a mediação incidental, somente poderá ocorrer se houver processo judicial deflagrado, devendo obrigatoriamente ser remetida ao mediador, antes mesmo do juiz da causa, de maneira que aquele pode ser judicial ou extrajudicial, a depender da vontade das partes.

Caso um dos litigantes não compareça ou não seja feito o acordo, o mediador lavrará termo informando a impossibilidade de consenso entre as partes, de modo que o processo judicial retomará seu andamento normal.

De forma oposta, realizando-se acordo, o termo de mediação será feito, devendo o juiz da causa observar se as formalidades necessárias ao êxito do procedimento foram preenchidas, para a partir daí homologá-lo por meio de sentença.

Em relação a esta modalidade, cabe uma crítica, a qual é feita pela maioria dos autores estudiosos da mediação, inclusive compartilhada neste trabalho, pois o fato do procedimento tornar-se obrigatório fere o seu caráter voluntário do mesmo.

Assim também pensa Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, quando afirmam que:

Viola-se com a sua obrigatoriedade no âmbito paraprocessual incidental o princípio básico da autonomia das vontades, cuja experiência brasileira e a internacional a consagram em seu patamar máximo. Com esta escolha efetivada pelo legislador, o País opta por tentar modificar a cultura da sentença pela cultura da paz de forma coercitiva, contrariando em um primeiro momento a possibilidade das partes de escolher o caminho que desejam trilhar.⁵⁹

Em sentido oposto, Petrônio Calmon aduz que não há uma obrigatoriedade em usar a mediação no que tange a modalidade incidental, já que no caso de uma das partes não ser encontrada ou não comparecer a audiência, o procedimento não terá logrado êxito, de forma que não há uma imposição às partes de comparecimento.

Assim, estão demonstradas as modalidades de mediação passíveis de serem utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁹ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é a mediação de conflitos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007, p. 133-134

3.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Como em todos os ramos do direito, a mediação também é lastreada em uma série de princípios, que, caso não sejam observados, pode implicar na frustração de todo o procedimento.

A Lei 13.140/2015, em seu artigo 2º, II e no novo Código de Processo Civil em seu artigo 166, § 1º elencam, expressamente, cada um deles, o que demonstra a relevância dos princípios no nosso ordenamento jurídico, já que nos dias atuais todo instituto jurídico deve pautar-se nos ditames constitucionalmente previstos.⁶⁰

Portanto, é evidente que essa regra não deixaria de ser aplicada na mediação, visto que este meio que tem como objetivo precípua viabilizar a concretização, de um dos dispositivos previstos na Constituição Federal, qual seja, o de um acesso à justiça igualitário a todo e qualquer cidadão, contribuindo, sobremaneira, para a pacificação social.

Dessa forma, faz-se necessário tratar cada um deles, mesmo que sucintamente, para que seja possível compreender os reflexos positivos e negativos que cada um exerce em relação à mediação, caso eles venham a ser observado ou não, durante o procedimento.

3.4.1 Independência

O princípio da independência está diretamente ligado à figura do mediador, uma vez que trata exatamente de a impossibilidade da sua figura sofrer interferências, ao longo do procedimento, que sejam passíveis de reduzir a sua capacidade diretiva, ou seja, de atuação perante as partes.

Entretanto, é importante mencionar que tal princípio pode ser mitigado caso a intervenção feita pelo mediador não implique no melhor interesse das partes, ou

⁶⁰ “Art. 144 § 1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade”.

seja, não haja a observância dos “limites legais, morais e impostos pelos próprios envolvidos.”⁶¹

Diante disso, a possibilidade de relações anteriores entre o mediador e alguma das partes poderá resultar no insucesso do mecanismo, de modo que doutrinadores, como, Lia Regina Castaldi e Adolfo Braga Neto, afirmam que há uma obrigatoriedade em revelar às partes, fatos desta dimensão, ficando a cargo dos mediados permitir que ele desenvolva ou não os trabalhos.

Deve-se ressaltar que tal princípio está diretamente associado ao princípio da imparcialidade, o qual será tratado de forma mais aprofundado em momento oportuno.

3.4.2 Imparcialidade

O princípio da imparcialidade concerne na premissa de que o mediador deve agir de forma imparcial perante o conflito, sem que tome para si qualquer posição pessoal face a situação.

É importante destacar que, é impossível a completa neutralidade, já que nenhum ser humano é neutro, pois todos possuem seus valores pessoais, os quais, inevitavelmente, farão parte de todos os atos realizados ao longo de sua vida, sejam eles no papel de mediador ou não.

De igual modo pensa Adolfo Braga Neto, quando exprime:

Em função da natureza humana, a neutralidade inexistente, uma vez que o questionamento do mediador é feito a partir de sua perspectiva pessoal a respeito de sua realidade. em outras palavras, a partir de sua visão de mundo, baseados em seus paradigmas, ilusórios, preconceitos, interesses e necessidades. Este questionamento não deve, no entanto, expressar valores ou leituras que possam direcionar as partes para determinadas soluções. Para que isso ocorra é necessário cuidar ativa e continuamente da manutenção de um estado de imparcialidade e permanecer isento de sua história para se fazer valer a das partes.⁶²

Desde então, o que é imprescindível para o sucesso da atividade de mediar é a imparcialidade do terceiro escolhido, pelas partes, para agir como um catalisador do

⁶¹ FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. **Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil** (PLS 166/2010). São Paulo: Revista dos Tribunais, a.36, n. 194, abril, 2011, p. 295

⁶² BRAGA NETO, Adolfo. **Aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais, a. 4, n. 15, out/dez, 2007, p. 97-98

diálogo entre elas, sendo de suma relevância a existência de uma atuação equilibrada, a qual não permita que valores pessoais sejam capazes de interferir no bom andamento do encontro realizado.

Já que não é possível que haja tratamentos diferenciados entre os mediados, os quais venham a beneficiar um e preterir o outro, pois, caso contrário, não estará sendo observada a imparcialidade necessária êxito da mediação.

Se fosse possível comparar a atividade do mediador com a de um juiz, o que não é, pois, o primeiro não possui poder decisório em relação os contendores e o segundo sim, far-se-ia uma comparação com o princípio do juiz natural que é norteador do processo tradicionalmente concebido.

De igual modo, expõe Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “o juiz natural é o juiz imparcial, independente e competente.”⁶³

Tal princípio, apesar da proximidade existente com a definição de imparcialidade, não poderia ter seu uso estendido à mediação, já que esta não tem a finalidade de sobrepor-se ao interesse das partes, mas sim, facilitar o diálogo, o qual criará condições para um consenso que terá a finalidade de promover benefícios a ambas.

Em razão da imparcialidade necessária para o exercício da atividade de mediar, o novo Código de Processo Civil dispõe, expressamente, em seu artigo 148, II que a estes aplicam-se regras de impedimento e suspeição, elencadas nos artigos 144 e 145 do mesmo *códex*.

Os artigos 5º a 8º da Lei 13.140/2015 tratam das hipóteses de hipóteses de impedimento relativos ao exercício da atividade de mediar, sendo que, constatado o impedimento para desempenho da mediação, o novo código de processo civil prevê em seus artigos 170, 171 e 172 as regras relativas em caso de impedimento e suspeição.

Caso um mediador venha a atuar, mesmo estando impedido para tanto, a ele é reservada uma punição, qual seja, a exclusão do registro de mediadores, sendo que

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2000, p. 31, v. I

seu ato será devidamente apurado através de processo administrativo, conforme dispõe o 173, II e o §2º.⁶⁴

Nestes termos, imprescindível que a imparcialidade impere, de modo que se busque evitar, ao máximo, que suas crenças pessoais venham a interferir na qualidade da sua atuação.

3.4.3 Autonomia da vontade

Ao tratar da mediação, é imperioso falar do princípio da autonomia da vontade, pois o mesmo prevê a possibilidade de as partes administrarem o conflito da melhor forma que lhes convir, respeitado, obviamente, uma igualdade de condições entre cada uma delas, caso contrário será necessária a intervenção do mediador.

O artigo 165, §3º e 166, §4º do novo Código de Processo Civil e os artigos 2º, §2º, 4º §1º da já citada Lei, deixam evidente que a atuação do mediador será feita de modo a prestigiar a atuação das partes no procedimento, ou seja, a autonomia delas no momento de resolver o litígio.⁶⁵

Diante disso, na mediação não existe uma solução pronta destinada a cada tipo de litígio ou um parâmetro a ser observado, para que uma decisão seja tomada, o que há na verdade é um grande leque de opções aptas a concluir o impasse, as quais serão eleitas pelos próprios mediados, predominando, desta forma, a autonomia da vontade do decorrer do procedimento.

⁶⁴ “Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que: II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito. § 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo. § 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo”.

⁶⁵ “Art. 165, § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos; Art. 166, § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais; Art. 2º, § 2º: Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação; Art. 4º, §1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito”.

Assim também é definida:

O caráter voluntário do Processo de Mediação deve ser entendido no patamar máximo em que essa expressão é compreendida. Significa garantir às partes o poder de optarem pelo processo uma vez conhecida essa possibilidade, administrar o conflito da maneira que bem desejarem ao estabelecer diferentes procedimentos e total liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo.⁶⁶

Dentro desse contexto, caso uma das partes venha a realizar atos passíveis de prejudicar o outro, como por exemplo, manipulação, coação, ou simplesmente um dos pólos venha a ser mais frágil, o mediador deverá intervir com o fito de manter o objetivo precípua da mediação, qual seja, a igualdade de condições entre os mediados, o que acarretará na melhor solução/prevenção do conflito.

Vale ressaltar que, para a mediação obter um resultado satisfatório, é necessário a observância da boa-fé entre os mediados, já que o princípio da autonomia da vontade impera ao longo do procedimento, fazendo com que a atuação do mediador seja apenas no sentido de direcionar conflito, de modo que, caso as partes não sejam sinceras quanto ao que as aflige, o diálogo estabelecido não será capaz de encerrar a lide, ao contrário, irá potencializá-la.

De igual modo, a mediação procura não estimular o caráter competitivo inerente a maioria dos seres humanos, o qual muitas vezes os processos judiciais acabam incentivando, de modo que não existem vencedores, nem perdedores neste mecanismo, sendo que tal característica não pode ser preterida em prol do princípio da autonomia da vontade.

Portanto, resta demonstrado a relevância do abordado princípio para esse método alternativo de solução de conflitos no âmbito do direito de família, uma vez que a atuação livre das partes é crucial para o seu real êxito, inclusive, é inerente a essência do mecanismo, entretanto, não se pode deixar de observar os ditames legais e éticos previstos, sob pena de não garantir um efetivo acesso à justiça aos mediados.

⁶⁶ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é a mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007

3.4.4 Confidencialidade

O princípio da confidencialidade concerne no fato de que os atos praticados ao longo da mediação são sigilosos, não podendo ser divulgados, muito menos aproveitados em benefício próprio (partes e mediador) ou alheio.

Tal princípio é de tamanha relevância que a Lei 13.140/2015 dedica toda a seção IV para tratar dela, como se verifica nos artigos 30 e 31.

Tal conceito encontra-se expressamente transcrito no artigo 166, §1º do novo Código de Processo Civil, que dispõe que esse princípio deve alcançar todas as informações trazidas pelos mediados no decorrer do procedimento, não podendo ser usado para finalidade distinta daquela prevista pelos componentes do litígio.⁶⁷

Segundo Lia Maia de Moraes Sales, “o processo é sigiloso e o mediador possui uma obrigação ética de não revelar os problemas das pessoas envolvidas. O mediador deve agir como protetor do processo de mediação, garantindo sua lisura e integridade.”⁶⁸

Aqui também é muito importante a manutenção da boa-fé tanto dos mediados, quanto do mediador, pois, caso haja interesses escusos no processo de mediação, o diálogo incentivado não será lastreado na verdade, o que implicará no total descrédito do procedimento. Ou seja, o conflito familiar não será de fato solucionado.

Assim, o sigilo em relação ao problema das partes é de suma importância para manutenção da credibilidade do procedimento, pois, caso as situações postas à apreciação venham a ser propagadas, a mediação pode deixar de ter a credibilidade necessária, para que as famílias venham a escolhê-la como meio apto a resolver as suas demandas, o que ocasionará no sucesso ou não do mecanismo.

O princípio em questão é de grande relevo, tanto que o Projeto do Novo Código de Processo Civil estabelece no artigo 166, §2º, que os mediadores não podem depor

⁶⁷ “Art.166, § 1º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.”

⁶⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 33

acerca dos fatos que tomou conhecimento em razão mediação, resguardando, desta forma, a confiança que inerente ao método.⁶⁹

O princípio da confidencialidade vai de encontro ao Princípio da Publicidade, que vige em relação aos atos processuais realizados através do mecanismo tradicionalmente utilizado, elucidando que os mesmos devem ser realizados publicamente.

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

Na prestação jurisdicional há um interesse público maior do que o privado defendido pelas partes. É a garantia da paz e harmonia social, procurada através da manutenção da ordem jurídica. Todos, e não apenas os litigantes, têm o direito de conhecer e acompanhar tudo o que se passa durante o processo.⁷⁰

Na hipótese de o assunto abordado versar sobre direito à intimidade ou interesse social, a Constituição Federal no artigo 5º, IX, autoriza o segredo de justiça, isso, se este não implicar em prejuízo ao interesse público à informação.⁷¹

Assim, é possível afirmar que o princípio da confidencialidade presente na mediação representa uma afronta ao preceito constitucional da publicidade, entretanto, esta afirmativa não se perfaz, uma vez que o mecanismo analisado no presente trabalho tem por objetivo afastar-se dos ditames processuais tradicionalmente utilizados, visto que, rege-se pela autonomia da vontade das partes, as quais, muitas vezes, não desejam que seus problemas sejam expostos, o que pode ser conseguido através do uso da mediação.

Vale ressaltar, que a confidencialidade do procedimento jamais pode ser contrária a ordem pública, caso contrário, se estaria perante um instrumento autoritário e avesso aos ditames norteadores do Estado Democrático de Direito.

⁶⁹ “Art.166, § 2º §: Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 36

⁷¹ “Art. 5º, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

3.4.5 Oralidade

O princípio da oralidade refere-se à predominância da fala em detrimento da escrita no procedimento, diminuindo o máximo possível o número de peças escritas, bem como a redução ao termo somente dos atos relevantes que foram realizados oralmente, necessários de serem registrados.

A oralidade está diretamente ligada ao obstáculo da demora no julgamento das demandas, uma vez que os atos realizados oralmente viabilizam um maior contato dos julgadores, no caso que se tem em estudo, dos mediadores, com os participantes do litígio, o que viabiliza um julgamento mais célere e de maior qualidade, já que a solução encontrada será mais fiel ao que as partes necessitam.

Mauro Cappelletti, afirma que:

Pesquisas até estatísticas levaram-me à convicção de que a oralidade - que de resto não significa total renúncia a esse meio essencial de comunicação que é a escrita - é instrumento importante para enfrentar não só o problema da duração excessiva, mas igualmente para melhorar a qualidade da justiça civil.⁷²

A característica da oralidade ao longo do mecanismo é um instrumento bastante importante quando se trata da mediação, pois os conflitos que são postos para análise, na maioria das vezes, possuem uma elevada complexidade, de modo que, a prevalência da fala ocasiona uma tutela mais adequada e efetiva ao litígio.

Assim, nota-se que o uso da oralidade permite que a mediação “se desenvolva de maneira absolutamente oral minimizando-se a burocratização e acelerando-se, conseqüentemente a solução da controvérsia.”⁷³

Além disso, o uso da fala como principal instrumento para solução dos litígios ocasiona as partes uma maior participação, tendo em vista que são responsáveis diretos por suas escolhas, de modo a se comprometerem em relação ao acordo somente até o limite que podem honrar, o que acaba proporcionando uma maior satisfação e elevado grau de cumprimento dos acordos firmados.

⁷² CAPPELLETTI, Mauro, **Problemas de reformas do processo civil nas sociedades contemporâneas**. Revista de Processo, n.65, p. 65

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Curz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 692

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “o procedimento oral está ligado ao princípio da imediatidade, até porque a oralidade pressupõe contato direto entre dois ou mais interlocutores”.⁷⁴

O princípio da imediatidade refere-se especificamente à figura do juiz, o contato direto que ele possui, desde o início do processo até a sua conclusão, com as partes e provas, sem que haja intermédio de terceiros, fazendo com que haja uma prestação jurisdicional mais célere e adequada aos litígios apresentados ao Poder Judiciário.

Ainda de acordo com o autor supracitado, “a imediatidade pode facilitar bastante a busca da verdade”⁷⁵, o que no procedimento da mediação é de extrema importância a exposição do que realmente se trata o conflito, posto que, o contato direto que o mediador cria condições suficientes para que este possa ganhar a confiança das partes, com fito de que elas exponham francamente o real problema, que na psicologia chama-se de *rapport*, que significa estabelecer uma ligação de empatia e sintonia com a outra pessoa.

Finalmente, se faz necessário expor que mesmo toda a mediação sendo desenvolvida oralmente, não se pode dispensar o registro dos principais atos realizados ao longo dos encontros, isso com a finalidade de obter um documento comprobatório dos termos firmados através deste mecanismo.

3.4.6 Informalidade

Na mediação é inviável a predominância de um formalismo exacerbado, visto que este é um procedimento composto precipuamente da participação das partes, de maneira, que uma forma pré-determinada a ser observada implicaria no insucesso do mecanismo.

Luiz Guilherme Marinoni afirma, que em razão da mediação não ter a mesma formalidade inerente à maioria dos órgãos do Poder Judiciário, torna este

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 97-98

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 97-98

instrumento mais simpático ao cidadão comum, sobretudo aos que possuem conflitos oriundos no seu seio familiar, visto que, não se sentirá receoso com a estrutura apresentada pelo mesmo, a qual é totalmente diversa da habitualmente apresentada pelos órgãos jurisdicionais tradicionais conhecidos e utilizados.⁷⁶

Para que haja uma maior organização, a Lei 13.140/2015 na sua seção III, dedicou alguns artigos para estabelecer os procedimentos que devem ser observados na mediação, seja no âmbito judicial, extrajudicial ou comum a ambas as partes, objetivando, desta forma, mais celeridade e praticidade na elaboração das estatísticas relativas aos conflitos analisados.

Dessa maneira, os atos a serem realizados irão variar de acordo com os conflitos apresentados, devendo adequar-se da melhor forma a cada um deles, de modo a oferecer uma solução mais apropriada ao impasse, isto, é claro, desde que a não observância de um ato específico represente o cerceamento de um direito.

Diante disso, Ademir Buitoni expõe que:

Na mediação é essencial a percepção do conflito como um todo, para que as partes sintam e respeitem as diferenças. O sistema jurídico positivo procura mais estabelecer a uniformidade, eliminar os desvios, penalizar os culpados, obter a normalidade comportamental. A mediação trabalha, também, com o potencial transformador dos desvios para integrá-los na formulação de uma nova solução.⁷⁷

Enfim, é possível afirmar que a predominância princípio da informalidade na mediação, representa um facilitador para a prevenção e/ou solução do dissabor vivido pelas partes, visto que não há um parâmetro ou uma forma pré-estabelecida a ser observada.

O presente trabalho elegeu como os mais relevantes a manutenção e utilização correta do procedimento os princípios acima transcritos, entretanto, o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.140/2015 elencam, ainda, a isonomia entre as partes, a busca do consenso, a boa-fé e a decisão informada que consiste na necessidade de se produzir um termo ao final da mediação, no qual deve constar todas as informações relacionadas ao acordo firmado entre as partes.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Curz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 694

⁷⁷ BUITONI, Ademir. **A função da intuição na mediação**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, n. 19, out/dez, 2008, p. 53

3.5 DO MEDIADOR

O mediador é definido como um terceiro imparcial, o qual atuará ao longo do processo de mediação, com o objetivo de aproximar as vontades e os interesses das partes, de modo que elas possam prevenir e/ou solucionar os conflitos consensualmente.

A sua principal função é incentivar “que as partes superem suas diferenças, oferecendo oportunidade para que encontrem soluções viáveis, as quais devem complementar o interesse de todos os envolvidos na questão.” ⁷⁸

Diante disso, é notável que a necessidade do estabelecimento de uma relação de confiança entre os mediados e o mediador, inclusive, é considerada elemento fundamental para o bom desenvolvimento do procedimento.

Portanto, para as partes é muito vantajoso recorrer ao auxílio de um mediador, visto que, por estarem na maioria das vezes “impregnadas pelo sentimento de que são incompetentes para resolver seus próprios conflitos” ⁷⁹, o terceiro imparcial, através de técnicas apropriadas, as ajudarão a perceber pontos em comum, que se estivessem sozinhas não os notariam.

É possível afirmar que, para o exercício da atividade de mediador, é relevante a presença de três elementos, quais sejam: capacidade civil, conduta ilibada e formação técnica acompanhada da devida experiência prática.

O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 168, §1º e §2º, prevê que o mediador será escolhido pelas partes mediante consenso entre elas, ou seja, a sua função somente poderá ser exercida caso o procedimento venha a ser eleito, estando na seara da autonomia da vontade das partes escolher a pessoa que preencha as características disposta no parágrafo anterior. ⁸⁰

⁷⁸ SILVA, João Roberto da. **A mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004, p.16

⁷⁹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Mediação e arbitragem como meios de solução de conflitos coletivos de trabalho: atuação do ministério público do trabalho**. Revista LTr, a. 62, n, 03, mar, 1998, p. 349

⁸⁰ “Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal. § 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.”

No caso, de não haver acordo em relação ao mediador, isso, quando a mediação estiver sendo realizada no âmbito do Poder Judiciário, o processo será remetido ao um dos mediadores inscritos junto ao registro do Tribunal, sendo levada em consideração, nesse caso, a sua formação.

Segundo Adolfo Brada Neto⁸¹, são funções do mediador:

- a) Acolher as partes e seus advogados;
- b) Prestar esclarecimentos necessários de forma clara, objetiva e correta assegurado o bom andamento dos trabalhos;
- c) Manutenção da ordem;
- d) Respeito à integridade física, moral e a livre expressão;
- e) Formular perguntas de modo construtivo e agregador;
- f) Buscar a clareza de todas as idéias;
- g) Assegurar o equilíbrio do poder;
- h) Neutralizar comportamentos repetitivos;
- i) Facilitar o diálogo;
- j) Oferecer reflexões relativas ao futuro a partir do presente, tendo respeito com o passado;
- k) Promover a decisão aos protagonistas;
- l) Assegurar-se das condições de cumprimento da solução, quando alcançada.

Além destas, há também a função de servir como parâmetro para as atitudes que os mediados devem ter ao longo do encontro, como por exemplo, garantir que os trabalhos se desenvolvam como base no bom senso, de maneira que o lado emocional de todos os participantes esteja na mesma sintonia.

Tal conduta proporciona uma maior cumplicidade entre os participantes, o que implica em resultados positivos, pois, o mediador poderá perceber o caráter objetivo e subjetivo do conflito, criando condições, para que seja alcançada uma solução benéfica a ambos os mediados, a qual venha a abranger todos os aspectos inerentes ao litígio.

⁸¹ BRAGA NETO, **Adolfo**, **Aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 4, n. 15, out/dez, 2007, p. 96

Sendo assim, o ofício de mediar requer o uso da intuição associado a determinadas técnicas, além, é claro, de talento para o exercício da função, uma vez que não está se trabalhando com um mecanismo que oferece soluções prontas, mas sim, elas construídas como um trabalho artesanal, tendo em vista a possibilidade constante de haver uma série de respostas para o problema apresentado, de modo que elas serão obtidas por meio do consenso das partes.⁸²

No que tange a função do mediador, algumas características são de suma importância, como a imparcialidade, independência, competência, diligência e confidencialidade.

Ou seja, ao longo do procedimento, o mediador deve manter a imparcialidade da sua conduta, sem que haja interferências de valores pessoais na sua atuação, bem como ser independente, de modo que nenhum ato praticado anteriormente possa ter reflexos negativos perante os mediados.

No mais, precisa ter competência para atuar no caso apresentado, possuindo qualificação necessária para tanto, devendo, inclusive, manter sigilo sobre todos os atos praticados ao longo da audiência.

O Art. 5º da Lei 13.140/2015, prevê que em relação aos mediadores são aplicadas as mesmas regras de impedimento e suspeição processuais, temática já abordada acima.⁸³

Por fim, deve ser diligente, de modo a adotar comportamentos que visem trazer benefícios ao procedimento, procurando manter sempre a qualidade dos trabalhos desenvolvidos, bem como a observância dos princípios, os quais foram tratados anteriormente.

Ademir Buitoni define de forma muito completa a função do mediador, veja-se:

Trata-se de um verdadeiro não poder. O mediador, diferentemente do juiz, não dá sentença; diferentemente do árbitro, não decide, diferentemente do conciliador, não sugere soluções para o conflito. O mediador fica no meio, não está nem de um lado e nem do outro, não adere a nenhuma das partes. É um terceiro mesmo, uma terceira parte, quebrando o sistema binário do conflito jurídico tradicional. Busca livremente soluções, que podem mesmo não estar delimitadas pelo conflito, que podem ser criadas pelas partes, a

⁸² BUITONI, Ademir. **A função da intuição na mediação**. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, n. 19, out/dez, 2008, p. 55

⁸³ “Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz”.

partir de suas diferenças. Não é apenas o lado objetivo do conflito que é analisado na mediação, mas também, e, sobretudo, o lado subjetivo.⁸⁴

Resta assim demonstrado que para o bom desempenho da função de mediador, é importante a união equilibrada das características acima elencadas, associadas à sensibilidade, boa visão do conflito e conhecimento de técnicas variadas de mediação, as quais poderão ser aplicadas a diversidade de conflitos apresentados.

3.5.1 Formação e capacitação do mediador

Questão de extrema importância refere-se à capacitação e formação dos mediadores, de modo que este tema precisa ser abordado conforme os ditames previstos no novo Código de Processo Civil e na Lei 13.140/2015.

A relevância da temática se justifica em razão do fato de que a habilidade ou não que o mediador venha a possuir, ser crucial para o bom andamento do procedimento, posto que o uso de técnicas inadequadas não promoverá o diálogo entre as partes, inviabilizando que estas, através da criatividade, ponham um ponto final ao litígio, correndo o risco, inclusive, de agravá-lo.

Conforme explicitado anteriormente, o mediador seja ele judicial ou extrajudicial, precisa ser pessoa capaz, no que tange a capacidade civil, que não tenha máculas em seu comportamento, possuindo, além disso, formação ou experiência apropriada ao tipo de litígio.

A partir dessa exposição pode-se dizer que: “Consagra-se assim a exigência de formação para o mediador, podendo ser esta substituída por conhecimentos específicos relativos a experiência prática adquirida na área do conflito.”⁸⁵.

O mediador judicial deve ser pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido a 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

⁸⁴ Ibidem, p. 53

⁸⁵ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é a mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.126-127

estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

O mediador extrajudicial é qualquer pessoa capaz, que atua na profissão de modo independente, podendo ser formada em qualquer profissão, sendo imprescindível, entretanto, o seu registro no Tribunal de Justiça local.

Sendo assim, é de suma importância que o mediador passe por um treinamento, que tenha como objetivo exercitar a escuta, a fala e elaboração de técnicas que para realização de questionamentos que sejam passíveis de propiciar a reflexão e o consenso dos litigantes.

Desta forma, através dos métodos adequados, os quais são adquiridos ao longo da formação adequada, o mediador será capaz de reverter à lógica inerente aos conflitos, a qual sempre determina um vencedor e um perdedor, conseguindo, desta maneira, restabelecer a comunicação entre os contendores, ocasionando uma gestão mais pacífica do litígio, o que resultará na solução e/ou prevenção do mesmo.

Do mesmo modo pensa:

Essa atuação centra-se em princípios diferentes daqueles aos quais a sociedade está habituada em seu cotidiano e são obtidos com o nascimento da cooperação baseada na conscientização de que o conflito é inerente a toda e qualquer inter-relação, e deve ser enfrentado.⁸⁶

Após a capacitação e formação necessárias à atuação da profissão de mediador, este procederá com seu registro na seccional do Tribunal que irá atuar, de modo que seu nome, com todos os dados relevantes referentes os seus desempenhos sejam disponibilizados, para, somente a partir daí o profissional poder atuar de forma regular para mediar conflitos.

Um exemplo prático de capacitação e formação de mediadores é o CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, sendo esta uma entidade privada, sem fins lucrativos, que visa a excelência na formação e capacitação de mediadores e árbitros, com base em normas técnicas e na ética.⁸⁷

⁸⁶ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO BRAGA, Adolfo. **O que é a mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.89

⁸⁷ CONIMA. Quem somos. Disponível em: www.conima.org.br . Acesso em: 07 nov 2017

Para tanto, esse Conselho elaborou um modelo padrão para oferecer a capacitação básica necessária para o desempenho da mediação no Brasil, tendo como sempre como orientação a qualidade das técnicas e observância dos princípios.

Por tudo exposto, está demonstrado o destaque no tratamento que a capacitação e formação dos mediadores merecem, já que, um mediador mal preparado pode causar danos maiores aos que já existem na relação das partes, agravando o quadro, e inviabilizando a solução do litígio.

4 A MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A crise atualmente vivenciada pelo Poder Judiciário, em muito contribuiu para a divulgação, em larga escala, dos métodos alternativos de solução de conflitos, dentre eles, a mediação, uma vez que os administrados não estão satisfeitos com a prestação jurisdicional oferecida, assim como, a formatação do aludido procedimento se adequa, perfeitamente, aos conflitos de ordem familiar.

Nesse seguimento, a mediação no âmbito do direito de família, tem como objetivo precípuo, a real pacificação do conflito, já que pode ser considerada uma atividade que tem por finalidade despertar a responsabilidade das partes e dos operadores do direito, no que tange a necessidade de reorganização desta célula *mater* da sociedade quando diante de um conflito.

Nesse interim, acertadamente, Newton Texeira Carvalho, desembargador do TJMG, em trabalho desenvolvido para o IBDFAM, afirma que:

E, no direito das Famílias, sabido é que o conflito é o fenômeno inerente às relações humanas. Sempre existiu e jamais deixará de existir. Porém, solucioná-lo, o mais rapidamente possível e, de preferência, sem a intervenção de terceiros e até mesmo do Poder Judiciário, é cabal demonstração de maturidade, de prevalência do diálogo, mesmo nos momentos de crises. Entretanto, nem sempre é possível a busca da solução diretamente pelas próprias partes envolvidas, em razão de bloqueios vários, dentre eles a desconfiança, que surge entre as pessoas em conflito.

[...]

A cessão desse estado beligerante surgido, principalmente em razão da falência do diálogo, passaria, primeiramente, pelos meios alternativos de resolução de conflitos, através da intervenção de uma terceira pessoa neutra, cujo objetivo principal seria tentar o reinício imediato do diálogo, pelas próprias partes, com posterior composição entre elas, estancando o dissenso. Porém, nós os brasileiros temos uma cultura demantitas. Acabando o diálogo, a primeira coisa em que pesamos, infelizmente, é no acionamento do Poder Judiciário, inclusive como demonstração de força e poder.⁸⁸

Desse modo, o presente texto pretende demonstrar que a mediação é a ferramenta mais adequada, no que tange ao tratamento dos conflitos familiares, posto que o diálogo é a peça chave de todo o processo, o qual, através do uso das técnicas de mediação pode ser restabelecido e estimulado, promovendo assim, a pacificação.

⁸⁸ CARVALHO, Newton Texeira. **Mediação, Conciliação e Reconciliação para o divórcio**. In: VII Congresso IBDFAM. Minas Gerais: IBDAFAM. 2012, p. 207

Vale ressaltar que, os litígios familiares se estendem, via de regra, por muitos anos junto as mais diversas comarcas de todo país, em razão da ausência de estrutura do órgão para lidar com demandas desse tipo, pois, o magistrado, sobrecarregado de trabalho, acaba por aplicar a Lei pura e simples, ao caso concreto, o que, na prática, não promove a solução real da celeuma em questão, visto que se delibera de forma racional questões de cunho patrimonial, sem levar em consideração variáveis relevantes como estado emocional das partes face ao desfazimento da entidade familiar, por exemplo.

Maria Berenice Dias, faz uma análise acertada quanto a atuação do Poder Judiciário no âmbito do direito de família, aduzindo que:

[...] a sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvam vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas, mágoas, sentimentos de amor e ódio se confunde. A resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações econômicas. Independentemente do litígio familiar além dos limites jurídicos. O confortante sentido de justiça e de missão cumprida dos profissionais quando alcançam um acordo dá lugar à sensação de insatisfação diante do desdobramento das relações conflituosas.⁸⁹

Diante do quanto aqui dito, pretende-se despertar no leitor a consciência da importância utilização (adequada) da mediação familiar em nosso ordenamento jurídico, pois, através dela, leia-se do mediador, cujo papel é de facilitador, buscar-se-á resgatar e incentivar a comunicação dos indivíduos envolvidos, de modo estimulá-los a encontrar a solução mais benéfica para ambos, o que, por óbvio, resulta em uma maior probabilidade de relação saudável, sobretudo em relações vitalícias, como aquelas entre pais e filhos, sem falar na capacidade real de pacificação social.

4.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO USO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A realidade do sistema judicial brasileiro não é promissora! A entidade está sobrecarregada de trabalho, o que impossibilita uma prestação jurisdicional

⁸⁹ DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.75

adequada, sobretudo no que tange as demandas de oriundas do direito de família, uma vez que a morosidade e complexidade do processo judicial acarreta em uma série de prejuízos a este núcleo social.

Diante deste triste quadro, a sociedade urge para que o direito busque e implemente alternativas mais velozes e eficazes de solução de conflitos, posto que o modelo tradicional de gestão de conflitos encontra-se defasado, sobretudo quando se está a falar de conflitos familiares.

Face a essa realidade, fica caracterizada a importância da mediação familiar, uma vez que ela tem o papel de proteger a família, através do resgate do diálogo, método este que não é executado junto as varas de família através dos seus magistrados, seja pela sobrecarga de trabalho, que ocasiona falta de tempo, seja pelo despreparo para lidar com conflitos desse tipo.

O direito não consegue acompanhar em tempo real as mudanças sociais e comportamentais das famílias, de modo que, a mediação familiar, através de um processo informal, imparcial, veloz e de baixos custos, consegue manter a segurança jurídica e, sobretudo, a pacificação social.

A partir de todo esse contexto apresentado, fica evidente que o uso da mediação para dirimir conflitos familiares apresenta uma série de vantagens, as quais serão abaixo elencadas.

A primeira delas e, destaque-se, muito importante, é o alto índice de cumprimento dos acordos entabulados, uma vez que estes não são impostos por um terceiro, estranho ao conflito, mas sim, construído pelas partes, através de concessões e reflexões mútuas. Vale dizer que, nesse contexto, ambas as partes perdem, mas apenas perdem o mínimo necessário para a realização do acordo, o que em verdade, representa um ganho em comum.

Outra grande vantagem é o sigilo, que garante a segurança e confiabilidade das partes no procedimento, o que ocasiona um maior conforto para tratar de questões de ordem íntima e pessoal, as quais, muitas vezes, em sede judicial fica preterida, inviabilizando a real pacificação.

Além disso, a igualdade de tratamento entre as partes, esta assegurada pelo mediador, é de suma importância para o sucesso do procedimento, pois isso cria no mediado a sensação de acolhimento.

O tempo de duração da mediação também é um grande aliado para o sucesso do procedimento, vez que se recomenda um tempo um tempo máximo para cada sessão, visando prever o desgaste físico e emocional que o momento pode ocasionar, bem como o número de sessões varia de acordo com as necessidades do caso, todo esse conjunto deve primar pela toada de uma decisão madura e que represente, expressamente, à vontade das partes.

A especialidade é um fator contributivo, pois, a resolução do fato se dá com o auxílio de profissionais dotados de conhecimentos específicos sobre a lide apresentada, diferentemente do que ocorre na prática forense.

Além disso, a informalidade prestigia o procedimento, uma vez que não se está frente a execução de normas extremamente rígidas, mas sim, flexíveis e destinadas a gerar agilidade, tudo isso baseado nas necessidades do caso concreto.

Segundo Águida Arruda, “o estado da arte da mediação familiar interdisciplinar, diante deste cenário do Direito privado, deve ser objeto de reflexão sobre a necessidade, ou não, de lei para descrever o instituto, e implantá-lo como aprimoramento da cidadania. O tempo decorrido, em busca da lei, terá valido para o amadurecimento da ideia, orientado em direção ao verdadeiro lugar da mediação no ordenamento jurídico”.⁹⁰

Ou seja, há uma real predominância a respeito à autonomia das partes em questão, o que, coaduna com a proposta do presente trabalho, posto que se defende que no âmbito do direito de família, a decisão de conflitos dessa ordem deve caber a esses componentes, devendo haver uma ingerência mínima estatal.

Visando exemplificar o papel da mediação em ações de divórcio ou dissolução de união estável, em que há existência de prole, se pode dizer que é proporcionar às partes a consciência de que uma “guerra” não os levará a lugar algum, devendo o diálogo e o respeito serem preservados, face a existência dos filhos em comum, os quais sofrem severamente com as consequências severas de uma ruptura conflituosa.

Face a esse universo inquestionável de vantagens, se traz à baila algumas desvantagens que não podem ser ignoradas.

⁹⁰ BARBOSA, Águida Arruda. **Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil**. Revista Brasileira de Direito de Família. V8, n. 40, fev/mar., 2007, p. 141

A falta de câmaras de mediação, bem como o pouco incentivo para a sua criação é um problema grave, porque não populariza o procedimento, nesse sentido, com o fito de torná-lo mais público, ou seja, levá-lo ao conhecimento de mais pessoas.

Por óbvio, essa problemática desemboca na falta de divulgação, uma vez que não há informação sobre as vantagens da mediação para solução de determinados tipos de conflitos, o menor custo, menor tempo, maior privacidade.

Outra problemática enfrentada é a falta de investimento em capacitação adequada, pois, não há investimento na formação adequada do mediador, assim como há uma baixa fiscalização do exercício, a fim de assegurar a observância fiel do procedimento, bem como a qualidade da mediação praticada.

Desse modo, em que pese a existência de algumas desvantagens seja inequívoca, como existe, em verdade, em todo procedimento, seja ele judicial ou extrajudicial, elas não superam os benefícios decorrentes da mediação no âmbito do direito de família (em todas as relações que se apresentem com características de continuidade), ocasionando também, uma diminuição do trabalho do Poder Judiciário e a elevação da qualidade da atividade jurisdicional a ser prestada.

4.2 O RELEVANTE PAPEL DO ADVOGADO

É importante ressaltar a importância do papel do profissional de direito na promoção do bem geral da sociedade, mais ainda, quando estar-se-á a falar da parcela mais sensível desta comunidade, que a é família.

Por esse motivo, para que o advogado na atualidade se apresente com uma proposta diferenciada e pacificadora, é importante que ele supere o aspecto adversarial inerente a sua formação acadêmica, passando a compreender que a justiça é feita quando o problema, de fato, é solucionado, o que não implica, necessariamente em sentença procedente.

Ao fazer uma análise específica da atuação do advogado no direito de família, é preciso estar atento a necessidade de, desde o primeiro contato, se estabelecer o incentivo prioritário a uma postura não conflituosa, bem como esclarecer junto a ele

todos os desdobramentos do seu processo, assim como dificuldades inerentes a sua demanda.

A professora Águida Arruda⁹¹ afirma que:

A medição familiar interdisciplinar é uma abordagem ética, exigindo responsabilidade, não apenas dos envolvidos no conflito, mas também de todos os profissionais de Direito de Família. [...] a mudança de comportamento que se espera do profissional que agrega à ética da mediação é a necessidade de se envolver nos conflitos, com a devida distância, para se desenvolver no exercício da sua função, admitindo que os mediadores também são participantes da dinâmica da mediação. [...] deve ser suficientemente próximo para não ser distante da dinâmica e do sofrimento dos mediandos; porém, suficientemente distante para não ser invasivo e tomar para si o drama que não lhe pertence. Enfim, este ponto ideal de envolvimento depende muito do autoconhecimento, e do conhecimento do conflito humano, na dinâmica familiar, de sistemas familiares; enfim, precisa de muito preparo e aprimoramento.

Diante do quanto aqui dito, entende-se que o advogado pode trabalhar com a mediação no seu escritório, entretanto, nos casos em que haja insucesso na mediação, este estará impedido de representar qualquer dos mediandos no processo litigioso, obviamente, por questões éticas.

Ressalte que a conclusão acima vai de encontro ao quanto disposto no artigo 167, §5^a do Novo Código de Processo Civil que dispõe que “os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”.⁹²

Além disso, percebe-se a importância crucial da sua compreensão quanto a finalidade precípua do procedimento da mediação no direito de família, sob pena de miná-lo logo no início da sessão, inclusive adotando a prática de conscientizar o seu cliente como esta sendo uma alternativa viável e eficaz para pôr um fim ao conflito em questão.

Ademais, deve ser assegurado ao advogado a proteção do direito do seu cliente, acima de tudo, de modo a facultá-lo participar ou não do procedimento de mediação

⁹¹ BARBOSA, Águida Arruda. **Prática de mediação: Ética profissional**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 65

⁹²Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

ou sugerir o uso do aludido instrumento no caso concreto ou não, tudo isso, com base no melhor interesse do seu cliente.

4.3 A MEDIAÇÃO NO NOVO CPC E A LEI 13.140/2015

O Novo Código de processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, traz no seu arcabouço a proposta da desjudicialização das demandas sociais, desse modo, logo no artigo 3º, §2º⁹³, dispõe dentre suas normas fundamentais a promoção precípua do Estado pela solução consensual.

Além disso, o artigo 3º, §3º⁹⁴, prevê que 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.

No que tange as ações de família, o referido código, no Capítulo X, que trata “Das Famílias” dedicou uma parte, exclusivamente, para tratar de ações desta natureza, de modo a delimitar que, prioritariamente, esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, como prevê o artigo 694⁹⁵ do aludido *códex*.

Acertadamente, Fernanda Tartuce e Eliane Limonge Duri, afirmam que “o advento do Novo Código de Processo Civil trouxe aos operadores do direito a necessidade de rever muitos paradigmas; especialmente em conflitos familiares, o novo regramento demanda a abertura a novas possibilidades de encaminhamento contando com a participação de diferentes facilitadores da comunicação”.⁹⁶

⁹³Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

⁹⁴ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 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.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ SILVA, Fernanda Tartuce. DURO, Eliane Limonge. **Mediação familiar: interdisciplinaridade e contribuição da psicologia à luz do art. 694 do Novo Código de Processo Civil**. In: XXX Congresso do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p.133

Nesse seguimento, o citado artigo 694, também dispõe que “o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”, ou seja, há nitidamente caracterizada a necessidade de um apoio multidisciplinar, que, quanto a temática, a ilustríssima Águida Arruda aduz:

A linguagem da interdisciplinariedade é a ferramenta da mediação familiar, qual seja, o espírito da mediação está nesta atitude de ampliar o olhar para além do litígio, apoiado no conhecimento vindo de outras ciências, acolhendo e incluindo a pluralidade de motivos que deram origem ao conflito familiar.⁹⁷

Ou seja, o que se propõe, acima e tudo, é a cultura da paz, uma vez que “o Direito busca avançar na compreensão quanto à tutela de direitos humanos, revela-se necessário contar com fundamentos e conhecimentos específicos que, deem suporte e ferramentas úteis para a concretização destes direitos”.⁹⁸

Ato contínuo, no que tange ao artigo 695 do Novo Código de Processo Civil, a maioria da doutrina afirma que o texto prevê uma obrigatoriedade de realização da “audiência de mediação ou conciliação”.⁹⁹

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao tratar da mencionada questão afirma que “no procedimento comum, a audiência de conciliação e mediação pode não ocorrer quando ambas as partes se opuserem à sua realização. Nas ações de família, entretanto, o silêncio do art. 695 do Novo CPC permite a conclusão de que nessas ações a audiência é obrigatória, independentemente da vontade das partes”¹⁰⁰.

Nesse seguimento, fica evidente que vai de encontro aos princípios da mediação a imposição da sua realização, uma vez que se colocar em um procedimento de mediação é uma prerrogativa da parte, ou seja, está na sua seara da autonomia utilizar ou não esta ferramenta.

Um ponto que não pode deixar de ser citado é que a Lei de Mediação - 13.140/2015, prevê, em seu artigo 3º, que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre

⁹⁷ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88

⁹⁸ SILVA, Fernanda Tartuce. DURO, Eliane Limonge. **Mediação familiar: interdisciplinaridade e contribuição da psicologia à luz do art. 694 do Novo Código de Processo Civil**. In: XXX Congresso do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p.134

⁹⁹ 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

¹⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.099

direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Ato contínuo, no § 2º do citado artigo aduz que, “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.”¹⁰¹

Maria Berenice Dias, em entrevista dada ao site Conjur, no dia 13 de julho de 2015, logo após a entrada em vigor do aludido código, afirmou que a citada norma atrapalha a aplicação mais benéfica da Lei, uma vez que, a maioria dos conflitos familiares abordam temas que envolvem questões relacionadas a direitos conceituados como indisponíveis (alimentos e guarda), mantendo, desse modo, a tutela e controle do Estado sobre o núcleo familiar.¹⁰²

Nesse seguimento, Newton Texeira Carvalho, desembargador do TJMG, em trabalho desenvolvido para o IBDFAM, aduz, acertadamente, que “esta cultura, que vai de encontro ao princípio mínimo de intervenção estatal, que urge seja superada, para que os meios alternativos de resolução de conflitos nas Varas de Família surtam efeitos e sejam incentivados”.¹⁰³

Diante de tudo o quanto aqui dito, entende-se que deve ser prestigiada a autonomia privada das partes componentes do litígio de ordem familiar, devendo a intervenção estatal nesse caso ser mínimo e subsidiária, assim como a escolha do procedimento a ser adotado, de igual modo, seja ele a mediação ou não, deve ser de livre escolha das partes.

4.4 A MEDIAÇÃO JUNTO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

Nesse seguimento, visando apresentar um viés prático ao presente trabalho, se vale, nesta oportunidade, de estatística extraída do site do Tribunal de Justiça da

¹⁰¹ Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

¹⁰² COJUR. Consultor Jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-jul-13/entrevista-maria-berenice-dias-advogada-direito-familia. Acesso em: 07 dez. 2017

¹⁰³ CARVALHO, Newton Texeira. **Mediação, Conciliação e Reconciliação para o divórcio**. In: VII Congresso IBDFAM. Minas Gerais: IBDAFAM. 2012, p. 207

Bahia, através da qual se verifica a aplicabilidade do instrumento da mediação nos conflitos familiares que são levados a conhecimento dos Balcões de Justiça.¹⁰⁴

Primeiro, é importante trazer à baila que o Balcão de Justiça e Cidadania foi criado no ano de 2003, visando auxiliar o acesso à Justiça no Estado da Bahia, através da instituição de centros para realização de mediação e conciliação, estes denominados Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos - Cejusc.

A ênfase da atuação que vise a autocomposição na fase pré-processual.

O site do Tribunal de Justiça da Bahia disponibiliza em seu site um relatório dos últimos 10 anos de atuação dos CEJUSC¹⁰⁵, através do qual se identifica uma queda significativa nas ações de divórcio ajuizadas junto as varas de família, o que, por óbvio, demonstra uma redução da judicialização nesses casos, gerando mais demanda junto aos balcões, todas elas de cunha consensual.

O relatório ainda demonstra o alto índice de acordos firmados em ação de alimentos.

Fica também muito bem delineado que o projeto oferta um maior acesso à justiça, visto que assegura a gratuidade e fica instalado em bairros populares da cidade, o que facilita o acesso e a procura do cidadão que necessita de auxílio nesta seara familiar.

É importante destacar que, o aludido relatório trata das mediações realizadas em fase pré-processual, junto as diversas unidades dos Balcões de Justiça espalhadas pela capital e interior do Estado.

A pesquisa em comento, não analisou, a partir de estatísticas a situação vivenciada pelas Varas de Família em si, entretanto, a partir da casuística vivida na militância oriunda do exercício da profissão, percebe-se que uma falta de estruturação necessária do Poder Judiciário (mediadores, magistrados e ministério público).

Diante do quanto aqui dito, é importante destacar que se faz necessária uma mudança cultural no ensino do Direito, de modo a substituir a cultura da guerra, do

¹⁰⁴ BAHIA. Tribunal de Justiça. Estatística das mediações realizadas na Bahia. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao>. Acesso em: 07 dez. 2017

¹⁰⁵ BAHIA. Tribunal de Justiça. Relatório de atividades 2016 – 10 anos de Resultado. Disponível em: www5.tjba.jus.br/BJC/Atividades_2016.pdf Acesso em: 07 dez. 2017

contencioso, da vitória e da derrota pela cultura da paz, da resolução, do diálogo e do reconhecimento do outro.

5 CONCLUSÃO

Diante da temática desenvolvida ao longo do presente trabalho, é possível depreender que o acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser assegurado a todos os cidadãos, o qual concretiza-se através da promoção igualitária às diversas camadas da sociedade, principalmente aquelas menos abastadas financeiramente, para a proteção dos seus direitos.

De igual modo, o acesso à justiça no âmbito do direito de família é de suma importância, como demonstra o presente trabalho, pois, uma vez que a célula da sociedade se encontra neste contexto, ela deve ser tratada com a devida diferenciação.

As mudanças sociais causaram uma alteração comportamental da sociedade e, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, se inaugura uma era de novos valores, todos eles pautados na dignidade da pessoa humana, o que, por óbvio, repercutiu diretamente no Direito de Família.

A família atual, considerada uma entidade democrática, aberta, plural, cuja missão maior é a promoção da dignidade de seus membros, e, a perpetuação da autonomia privada neste íterim é de suma importância para a preservação desta nova roupagem e propósito social.

É de conhecimento de todos que o Estado continua a exercer um poder de fiscalização e controle sobre o Direito de Família, entretanto, o que não se deve permitir é que a ingerência seja tamanha, a ponto de cercear o exercício da autonomia privada dos indivíduos que compõem aquele núcleo familiar, devendo sempre ser observadas a sua livre vontade e liberdade.

Nesse íterim, acredita-se que a mediação seja o meio mais adequado para assegurar a observância desta autonomia, quando há necessidade de se dirimir conflitos nesta seara.

Persiste ainda no Brasil uma resistência ao uso da mediação, sobretudo, com a observância rigorosa dos seus princípios e regramentos, os quais viabilizam a imparcialidade, sigilo e exercício do diálogo, pontos imprescindíveis para o real sucesso do procedimento.

A medição parte da premissa de devolver as partes a capacidade de diálogo, fazendo com que elas façam as concessões que lhes são viáveis, a partir de suas próprias reflexões, ocasionando um acordo que seja vantajoso e, conseqüentemente, cumprido espontaneamente pelas partes.

Entretanto, não se pode deixar de observar que, mesmo após o advento da Lei 13.140/2015 e do novo Código de Processo Civil, há uma inobservância da norma, pois não há na prática mediadores realmente capacitados para exercer a aludida função, de modo que, precisa haver uma intervenção estatal maior para que possa fomentar, remunerar e incentivar a prática.

Cabe destacar, ainda, delicada questão da capacitação dos mediadores extrajudiciais, pois, entende-se que deveria haver uma fiscalização maior tanto da capacitação quanto do exercício, de modo que a legislação vigente deixa a desejar nesses dois pontos.

Outro ponto importante é o da necessidade de mudança comportamental da sociedade, de modo que se passe a cultivar, sobretudo, junto aos alunos de direito, a cultura da paz e não da guerra, pois, os alunos de hoje são os advogados de amanhã, uma vez que são figuras importantíssimas no processo de conscientização das partes/clientes para uma postura consensual, ou seja, não adversarial.

Sendo assim, o presente trabalho busca demonstrar que a mediação busca incentivar uma conduta humana do profissional do direito, sobretudo no que tange aos conflitos familiares, uma vez que este precisa ser um espaço de fala e escuta recíprocas, viabilizando com isso uma nova ressignificação do conflito e a manutenção respeitosa da relação que não mais existe, mas precisa se manter em certos aspectos, a exemplo de casais que se divorciam e possuem filhos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ANDRADE, Manuel A. **Domingues de. Teoria da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1998, v.2

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. **Autonomia da vontade no direito contratual**. Revista de Direito Privado, n.27, a.7, jul./set., 2006

BAHIA. Tribunal de Justiça. Relatório de atividades 2016 – 10 anos de Resultado. Disponível em: www5.tjba.jus.br/BJC/Atividades_2016.pdf Acesso em: 07 dez. 2017

BAHIA. Tribunal de Justiça. Estatística das mediações realizadas na Bahia. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao>. Acesso em: 07 dez. 2017

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

BARBOSA, Águida Arruda. **Prática de mediação: Ética profissional**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006

BARBOSA, Águida Arruda. **Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil**. Revista Brasileira de Direito de Família. V8, n. 40, fev/mar., 2007

BARBOSA, Joyce de Matos; ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **O instituto da mediação (parte II)**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 6, n. 22, jul/set, 2009

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos moldes consensuais de resolução de conflitos, **Revista dos Tribunais**, a. 24, n. 95, jul/set., 1999

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. Revista de Arbitragem e Mediação. **Revista dos Tribunais**, a. 4, n. 15, out/dez, 2007

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Mediação e arbitragem como meios de solução de conflitos coletivos de trabalho: atuação do ministério público do trabalho**. Revista LTr, a. 62, n, 03, mar, 1998

BUITONI, Ademir. **A função da intuição na mediação**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 5, n. 19, out/dez, 2008

CABRAL, Érico de Pina. **A “Autonomia” no Direito Privado**. Revista de Direito Privado, a.5, n. 19, jul./set., 2004

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007

CAPPELLETTI, Mauro, **Problemas de reformas do processo civil nas sociedades contemporâneas**. Revista de Processo, n.65

CARVALHO, Newton Texeira. **Mediação, Conciliação e Reconciliação para o divórcio**. In: VII Congresso IBDFAM. Minas Gerais: IBDAFAM. 2012

COJUR. Consultor Jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-jul-13/entrevista-maria-berenice-dias-advogada-direito-familia . Acesso em: 07 dez. 2017

CONIMA. Quem somos. Disponível em: www.conima.org.br. Acesso em: 07 nov.2017

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010). São Paulo: **Revista dos Tribunais**, a.36, n. 194, abril, 2011

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Dott A. Giuffrè, 1959

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v.6

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Curz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte geral**. Tomo III. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2000

PLANALTO. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 07 nov.2017

PLANALTO. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 07 nov.2017

PLANALTO. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htmLei 6.515/1977. Acesso em: 07 nov.2017

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.552

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é a mediação de conflitos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. In: PEIXINHO, Manoel Messias et. al. (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

SILVA, Fernanda Tartuce. DURO, Eliane Limonge. **Mediação familiar: interdisciplinaridade e contribuição da psicologia à luz do art. 694 do Novo Código de Processo Civil**. In: XXX Congresso do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2016

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000

THEDORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. In: TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). Manual de direitos das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey Mandamentos, 2008

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4.ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. **A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor**. Revista dos Tribunais, a.90, v.791, set. 2001