

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNDB
CURSO DE DIREITO

LETICIA DE SOUSA VIEIRA

MEDIAÇÃO FAMILIAR E PROTEÇÃO INTEGRAL: o papel da criança e do adolescente na resolução de conflitos familiares.

São Luís
2021

LETICIA DE SOUSA VIEIRA

MEDIAÇÃO FAMILIAR E PROTEÇÃO INTEGRAL: o papel da criança e do adolescente na resolução de conflitos familiares.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Maira Lopes Castro

São Luís

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Vieira, Leticia de Sousa

Mediação familiar e proteção integral: o papel da criança e do adolescente na resolução de conflitos familiar. / Leticia de Sousa vieira. — São Luís, 2021.

57 f.

Orientador: Profa. Ma. Maira Lopes Castro.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2021.

1. Mediação familiar. 2. Direitos fundamentais. 3. Resolução de conflitos. 4. Criança – Adolescente. I. Título.

CDU 347.61

LETICIA DE SOUSA VIEIRA

MEDIAÇÃO FAMILIAR E PROTEÇÃO INTEGRAL: o papel da criança e do adolescente na resolução de conflitos familiares.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB, como requisito para obtenção Do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/2021.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Maira Lopes Castro (Orientadora)

Centro Universitário UNDB

1º Examinador

Centro Universitário UNDB

2º Examinador

Centro Universitário UNDB

AGRADECIMENTOS

Nesta árdua caminhada, eu tive muitos momentos de desânimo e sentimentos de fracassos. Mas nesse mesmo caminho, eu sempre tive ao meu lado pessoas que se fizeram presentes me apoiando e impulsionando a prosseguir.

Dentre elas, estão os meus pais, Enio Antônio Vieira e Valde de Sousa Vieira, cada um a seu modo se fizeram imprescindível para a minha chegada aqui. Meu pai, homem forte, firme e que sempre fez inúmeros sacrifícios por mim, além de ensinamentos valiosos. E minha mãe, mulher admirável, de palavras doces, e com toda sua sapiência, me conduziu, mostrando-me sempre o melhor caminho. Sem eles, eu até poderia concluir essa etapa, mas o fardo seria mais pesado e doloroso. Obrigada, pai e mãe! Graças aos seus sacrifícios estou aqui.

A meu irmão, Gustavo de Sousa Vieira, desempenhou um papel importante em meu crescimento acadêmico. Pois ele foi minha primeira inspiração. Me espelhava em sua dedicação no estudo, e nas vastas horas que dedicava ao seu aprendizado. Talvez ele não saiba, mas eu o observava, e pensava: quero seguir os passos dele. Obrigada meu irmão amado.

O meu muito obrigada também aos familiares, tias e tios, primas e primos, que sempre estiveram presentes me dando apoio. Nos momentos em que eu precisei de ajuda não falharam, prontamente estenderam as mãos, me dando uma palavra de ânimo, um conselho, um abraço.

À minha amiga e irmã de alma, Jaciane Ely Fernandes, de coração tão nobre e grande. Me acolheu em seu ombro amigo, escutava-me nas muitas horas de desabafo, ríamos juntas e vibrávamos a cada etapa minha concluída com sucesso. Parte de quem sou hoje, também aprendi com você.

Meu coração se enche de gratidão também ao meu amigo e companheiro de vida, Guilherme Ribeiro Rocha, dia e noite do meu lado, com palavras de incentivo, abraços, beijos e sacrifícios para me ver bem, cheguei aqui com a sua ajuda. Obrigada por enxugar minhas lágrimas nos momentos de desespero, sua paciência e doçura me trouxeram calma.

Ademais, esse projeto só foi possível graças à atenção incansável da minha orientadora, Maíra Lopes de Castro. Seu olhar atento fez com que esse trabalho personificasse o melhor da minha pesquisa e escrita. Durante esse período eu a admirei pela exímia profissional que é, mas, principalmente, pelo ser humano doce, humilde e gentil. Obrigada por tudo.

Além disso, quero agradecer à banca que irá julgar esse trabalho. Pois, tomando por base os profissionais que trabalham na UNDB, tenho certeza que farão a melhor e mais justa análise desta pesquisa, com muita dedicação e carinho.

E por fim, mas acima de todos, sou grata a Deus, pois tenho plena convicção que sem seus auxílios eu não estaria aqui. Apesar do ceticismo que rodeia a sociedade atual, eu tenho certeza do seu amor por mim. Obrigada, Aba, sem você, eu não me tornaria a melhor versão de mim mesma.

“A resolução de conflitos raramente tem a ver com quem tem razão, e
sim com o reconhecimento e a apreciação das diferenças.”

Sergio Siqueira

RESUMO

A discussão em torno deste trabalho aborda a lacuna normativa em que as crianças e adolescentes se encontram, tendo em vista a omissão do legislador no tocante a sua participação na mediação familiar. Dessa feita, será analisado os diretos sucumbidos desses indivíduos, bem como as consequências que essa omissão ocasiona. Para tanto, conceitos básicos acerca da temática serão expostos, tais como as relações familiares, o instituto da mediação, além dos conceitos desse instituto e os métodos utilizados para o seu completo efetivo. Posteriormente, serão estudadas algumas garantias inerentes as crianças e adolescentes, através da Doutrina da Proteção Integral, sendo importante percorrermos e entendermos como sua relevância na legislação atual. Será utilizada a técnica de pesquisa exploratória e descritiva, o método hipotético-dedutivo, pois partirá de uma observação do problema e as soluções formuladas serão baseadas em hipóteses, como também o modo bibliográfico.

Palavras- chaves: Proteção Integral. Resolução de Conflitos. Mediação. Escuta da Criança e Adolescente.

ABSTRACT

This monograph deals with the vacuity which children and adolescents face, caused by the omission of the legislator regarding their participation in family mediation. Therefore, will be analyzed the rights of these individuals that are not being respected as well as the consequences of that omission. Thus, basic concepts about the theme will be exposed such as families relationships, the institute of mediation, including concepts of this institute and the methods utilized for accomplishing the goal. After, will be studied some guaranties inherent all children and adolescents, through the doctrine of Full Protection, being very important to understand the relevance of this institute. The exploratory and descriptive research technique, hypothetical-deductive method will be used, because it will observe and the issue and the eventual solutions are going to be made based on hypothesis and bibliographic.

Key- words: Full Protection. Conflict Resolution. Mediation. Hearing of child and adolescent.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EC	Emenda Constitucional
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CID	Classificação Internacional de Doenças
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
SAP	Síndrome da Alienação Parental
STF	Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	AS RELAÇÕES FAMILIARES E O DIREITO A CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	15
2.1	Panorama da família na sociedade contemporânea	15
2.1.1	Pluralidade de entidades familiares	16
2.2	Conflitos familiares e a dissolução da sociedade conjugal	17
2.2.1	Espécies de dissolução	18
2.2.2	Alienação parental	20
2.3	Princípios aplicados à família e ao direitos da criança e adolescente	23
2.3.1	Respeito à dignidade da pessoa humana	24
2.3.2	Igualdade jurídica entre os cônjuges	25
2.3.3	Função social da família	25
2.3.4	Melhor interesse da criança e do adolescente e a Proteção Integral	26
3	A MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	29
3.1	Conceito	30
3.2	Regulamentação, características e princípios da mediação	33
3.3	Objetivos e Consequência da Mediação	40
3.4	Técnicas de Mediação	41
4	RESOLUÇÕES DE CONFLITOS FAMILIARES, MEDIAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	45
4.1	A aplicação da mediação no direito de família	45
4.2	A participação dos filhos menores de idade na resolução de conflito	48
4.2.1	Escuta da criança e adolescente no processo familiar	51
4.3	Falta de legislação específica sobre a escuta	52
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERENCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Os conflitos sempre fizeram parte da vida humana, pois cada indivíduo possui suas particularidades, diferenças e ideias distintas que às vezes se colidem, ocasionando conflitos. Surgindo a necessidade da negociação de conflitos, um mecanismo usado desde os primórdios da civilização, passando por evoluções até chegar aos atuais modelos de autocomposição, sendo a mediação um deles. Podendo se dar pela via judicial ou extrajudicial, a mediação atua em várias áreas do direito, tendo uma importante atuação no direito de família, assunto que será abordado nesse trabalho.

A entidade familiar, que possui especial proteção do Estado, previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), tem seu conceito amplo, reflexo das mudanças culturais pertinente a evolução da sociedade brasileira. Assim como a sua dissolução que teve grande crescimento ao longo dos anos, também reflexo dessas mudanças.

Nesse sentido, nota-se que o instituto da mediação tem se mostrado eficaz nos processos de dissolução da sociedade conjugal, uma vez que as partes entendem que não precisam ser adversárias, podendo achar soluções amigáveis através do diálogo. Esse processo acontece por meio de um terceiro qualificado e imparcial, o mediador, que conduzira a mediação. (DIAS, MAEMURA, 2016)

A mediação familiar utiliza meios adequados para a resolução de controvérsias familiares, construindo ambiente propício para os mediados acharem o caminho do diálogo. Em casos de dissolução da sociedade conjugal, que envolvem filhos pequenos, exige-se especial atenção, pois em muitos casos, esses indivíduos são os mais afetados com o processo de transformação do núcleo familiar.

Existem algumas formas de dissolução familiar, que serão analisado nesse trabalho, bem como as consequências dessa dissolução na vida dos filhos. Além disso, analisaremos a importância da participação das crianças e adolescentes nos processos autocompositivos mais especificamente na mediação.

Contudo, o ordenamento pátrio não dispõe de legislação específica sobre a participação de crianças e adolescentes na mediação familiar, ou seja, o legislador foi omissivo ao não garantir-lhes esse direito, indo de encontro com vários direitos e princípios inerentes a esses sujeitos. (BARBOSA, 2014)

Com isso, observa-se um completo desrespeito a esses sujeitos, que em momento tão delicado precisam do acolhimento profissional desempenhado pela mediação, pois em conflitos familiares, em que os sentimentos estão aflorados, os pais acabam por usar seus filhos

como forma de afetar o outro genitor. E essas crianças e/ou adolescentes acabam sendo as mais afetados devido a sua condição de vulnerabilidade. E, é nesse sentido, que a mediação usando de toda técnica necessária, poderá ajudar esses indivíduos a passar melhor por essa fase.

Diante o exposto, nota-se a lacuna existente no ordenamento pátrio em relação a participação da crianças e adolescentes na mediação familiar. Deste modo, pergunta-se: Quais as violações de direitos causados às crianças e adolescestes mediante a sua exclusão na mediação familiar?

Em resposta a tal problema, tendo em vista a literalidade normativa, a priori sabe-se que, os impactos causados as crianças e adolescentes por não participarem das audiências de mediação nos conflitos familiares são negativos, uma vez que se encontram em desenvolvimento e necessitam de acolhimento. Outro ponto importante e que deve ser mencionado, é a falta de legislação específica vigente no ordenamento brasileiro sobre o tema, deixando esses sujeitos à mercê da violação de seus direitos.

Por essa razão, para o meio acadêmico, faz-se necessário tratar de assuntos atuais, de modo a incentivar o campo científico da pesquisa. No campo da proteção integral, a percepção dos direitos afetados e dos princípios lesados, haja vista, se trata de uma omissão da legislação pátria, além disso, o mero fato de se perceber a existência de um novo olhar no campo da mediação familiar já reflete a relevância científica que traz esse trabalho.

Portanto, estudar esse tema estimula a criação de um amplo senso crítico, possibilitando compreender o funcionamento do instituto da mediação, através da análise da proteção integral e entender os conceitos contemporâneos acerca da família e da mediação. Para o campo social, é imprescindível que os indivíduos consigam compreender a importância da criança e adolescente nesse contexto e tenham ampla participação no cenário. Além disso, é relevante entender os princípios e normas que norteiam esse tema. Por isto, torna-se notável o seu aprofundamento.

No mais, em caráter pessoal, tornou-se motivo para a abertura da discussão do assunto exposto, pois o trabalho fora sensibilizado por ter afinidade com a matéria em questão, bem como por ter se interessado no conteúdo em uma palestra ministrada pela orientadora, em que fora observado os questionamentos já demonstrados. Assim, se faz necessário analisar sob quais fundamentos esses indivíduos não são chamados a participarem da mediação familiar, e quais problemáticas surgem quanto a essa exclusão.

Para cumprir com a finalidade dessa pesquisa, tem-se como objetivo geral analisar os impactos causados as crianças e adolescestes por não participarem das audiências de mediação nos conflitos familiares. Referente aos objetivos específicos, será feito um estudo dos

direitos desses indivíduos que estão sendo desrespeitados com base na proteção integral, bem como o desamparo pelo direito brasileiro, uma vez que não existe legislação específica.

Desta feita, em suma, o capítulo um será destinado a compreender as relações familiares, como elas surgem, se formam e se dissolvem. Sendo necessário conceituar a família contemporânea e compreender a pluralidade de entidades familiares. Além disso, é necessário pontuar as formas de dissolução da sociedade conjugal e qual o reflexo dessa dissolução na vida dos filhos. Ainda, verificar-se-á os princípios que percorrem esse tema como a Doutrina da Proteção Integral.

No segundo capítulo, serão apresentados os conceitos e características da mediação, fazendo uma análise do papel do mediador e os princípios basilares desse instituto. Assim como, as técnicas usadas na mediação de conflitos familiares, percorrendo pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo abordará a escuta da criança e adolescente na mediação familiar, além das lacunas que existem no ordenamento jurídico brasileiro no que tange à participação desses sujeitos, visto que essa negligência do Poder Judiciário incide diretamente na vida desses indivíduos, que possuem direitos reconhecidos, mas que não estão sendo respeitados.

Com o intuito de analisar os estudos que rodeiam a proteção jurídica às crianças e adolescentes no instituto da mediação, bem como a omissão do ordenamento brasileiro quanto a esse tema, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, pois partirá de uma observação do problema e as soluções formuladas serão baseadas em hipóteses. Ainda, optou-se pelo tipo de pesquisa exploratória e descritiva, uma vez que as explorações feitas se limitam ao campo abstrato, descrevendo também a realidade disposta em leis e doutrinas. Além disso, este artigo adotará o modo bibliográfico de pesquisa, que por sua vez é elaborado com base em material já publicado, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de serviços científicos (GIL, 2002, p. 29).

Posto isso, é importante o estudo da temática ora em questão, uma vez que a entidade da mediação se faz eficaz na abordagem de conflitos familiares traz a tona uma problemática da falta de legislação específica sobre a escuta da criança e adolescente nesse instituto. Pois, essa omissão da legislação, não justifica a exclusão desses indivíduos na mediação familiar diante dos direitos e garantias que eles possuem mediante a doutrina da proteção integral.

2 AS RELAÇÕES FAMILIARES E OS DIREITOS INERENTES A CRIANÇA E ADOLESCENTE

Nesta seção, serão tratados os conceitos e noções gerais do instituto da família e sua relevância social. Assim, como breves apontamentos sobre a dissolução da sociedade conjugal e seus efeitos na vida dos familiares que passam por essa reestruturação, percorrendo pela esfera do direito de família e da proteção integral.

Ademais, será abordado o reflexo das dissoluções de sociedades conjugais na efetiva proteção integral de crianças e adolescentes. Pois sabe-se que o momento do divórcio/separação é *per si* um momento de transformação, que implica na reconfiguração do contexto familiar, e quando ocorre em relações afetivas que têm também a participação de crianças e adolescentes, os cuidados devem ser ainda mais evidentes para proporcionar a minimização de danos no que concerne a garantia de direitos fundamentais como a convivência familiar, o desenvolvimento saudável, o acesso à educação, saúde, lazer, dentre outras garantias.

2.1 Panorama da família na sociedade contemporânea

A família é a base da sociedade há séculos, e na sociedade contemporânea não é diferente, tendo especial proteção do Estado, como aduz o artigo 226º da Constituição da República Federativa de 1988.

A sociedade atual é formada por vários núcleos familiares, dos mais diversos, que compõem os espaços políticos e sociais do Estado, fortalecendo sua própria instituição. Percebe-se, porém, que ao longo dos anos o núcleo familiar foi ganhando novos formatos, para além do modelo convencional da família patriarcal. Contudo, foi com a Constituição atual, que as mudanças na sociedade se tornaram mais visíveis em vários aspectos, traçando novas diretrizes no interior das pessoas, e transformando institutos que antes eram considerados imutáveis, a exemplo da entidade familiar. (MADALENO, 2018)

A consagração da liberdade, da igualdade, da emancipação feminina, assim como o processo capitalista do mundo, já não cabia mais no conceito que a sociedade entendia pelo instituto da família que era unicamente ligado ao casamento. (DIAS, 2021)

Nota-se, que o instituto da família ganhou novos conceitos, novos formatos, difíceis de serem definidos, rompendo com a ideia de que a entidade familiar derivava apenas do casamento. Com isso, porém, percebe-se que a legislação brasileira não conseguiu se acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade moderna.

No dizer de Maria Berenice Dias (2021, p.44) “o legislador não consegue acompanhar a realidade social nem contemplar as inquietações da família contemporânea.”

Nesse sentido, o fato de não haver legislação específica que abarque as diversas espécies de famílias, tem relação direta com a realidade dinâmica social, que vive em constante mutação, e sabe-se que a realidade sempre antecede a norma.

Na interpretação de Dias (2021, p.40) afirma que:

Ainda que a lei tente prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação. A realidade é dinâmica e a moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos. A existência de lacuna no direito é decorrência lógica dos sistemas, e surge no momento da aplicação do direito a um *sub judice* não previsto pela ordem jurídico.

Mas essa lacuna não impediu a pluralidade da entidade familiar de acontecer, mudando a ideia original de família: casamento, sexo e procriação. Instituído-se uma visão ética desse instituto, tendo como base primordial o elo afetivo e respeito.

2.1.1 Pluralidade das entidades familiares

A entidade familiar é formada por qualquer dos pais e seus descendentes, criada através do casamento, união estável ou da monoparentalidade, conforme previsto pela Constituição de 1988. Com isso, se distanciando cada vez mais do perfil tradicional, formado pelo primitivo conceito fechado em volta do casamento civil. (MADALENO, 2018)

Com as mudanças culturais na sociedade atual, a entidade familiar passou a ser composta por múltiplas formas, sendo abarcadas pela Constituição/88 no artigo 226º, ganhando reconhecimento de entidade famílias a união estável e a monoparental.

O casamento foi a primeira entidade familiar a ser reconhecida pela legislação brasileira, permanecendo com igual proteção. Posteriormente, a união estável passou a ser conceituada no artigo 1.723º do Código Civil (CC), como sendo o vínculo entre homem e mulher que decidem conviverem juntos por um período duradouro.

Outra espécie de entidade familiar, que ganhou relevante importância em decorrência do reflexo cultural atual, foram as famílias monoparentais, tendo seu reconhecimento pela Carta Magna mais recentemente, disposto no artigo 226º, § 4º. Sendo, a família monoparental, caracterizada como a família composta, sobretudo, de pessoas advindas de outras famílias recompostas, ou seja, fruto da dissolução de sociedades conjugais, da morte, do abandono, entre outras formas. (MADALENO, 2018)

Outra configuração familiar é a união homoafetiva, que nas palavras de Maria Berenice Dias (2021, p. 448) “em nada se diferencia a convivência homossexual da união estável heterossexual”. Razão pela qual dispõe de proteção estatal, sendo consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.227/DF, que garantiu o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos.

Ademais, existem as famílias simultâneas ou paralelas, que também representam uma realidade brasileira, em que um dos cônjuges vive uma vida paralela com outra família, ou seja, uma pessoa se divide entre duas famílias. Outra reflexo da atualidade são as poliafetivas, que se configuram pela existência de várias pessoas compondo a relação, formando uma única entidade familiar, que consentem com a união. Além disso, as famílias informais, anaparentais, reconstruídas dentre outras também são entidades familiares que compõem a realidade contemporânea brasileira.

Por fim, importante pontuar que todas essas entidades surgem como um reflexo da evolução social, merecendo o acolhimento da legislação e igual proteção inerentes ao direito da família, que deve se pautar principalmente em torno da afetividade que interliga os integrantes do núcleo familiar.

Em qualquer que seja o modelo familiar, há, naturalmente, a existência de conflitos. Desse modo, surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário em alguns casos, sobretudo quando versam sobre o fim do vínculo conjugal, assunto abordado no próximo tópico.

2.2 Conflitos familiares e a dissolução de sociedade conjugal

O direito pátrio tem o dever de assegurar a ordem social, através da proteção e segurança jurídica. Por conseguinte o direito da família se preocupa em regulamentar os laços amorosos além da relação familiar, garantindo a inserção segura do indivíduo no átrio familiar, assim como a sua saída.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2021, p.91), aduz:

O direito das famílias acolhe o ser humano desde antes do seu nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa, insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir sua dignidade.

Nota-se, portanto, que é dever do Estado promover a regulamentação das relações interpessoais afetivas, mesmo que exista omissa do legislador em relação a determinado caso

concreto. Nesse sentido, afirma ainda a autora supracitada que “A falta de lei não significa ausência de direito, afinal, o silêncio do legislador não pode calar o juiz, que precisa honrar com seu compromisso de fazer Justiça.” (DIAS, 2021, p.93)

Ou seja, como demonstrado anteriormente a legislação vigente não faz jus ao reflexo social atual composto por pluralidade de entidades familiares, todavia, a justiça deve estar pronta a acolher todos os indivíduos que dela precisarem, aplicando a cada caso concreto, a melhor solução para a resolução da demanda.

Ademais, a dissolução das sociedades conjugais decorrente da vontade de um, ou ambos os cônjuges, em romper o vínculo afetivo, ocorrendo de várias formas, podendo acontecer pelas vias judiciais ou extrajudiciais, como iremos demonstrar no próximo tópico.

2.2.1 Espécies de dissolução

A dissolução da sociedade conjugal nada mais é que o rompimento do vínculo matrimonial, ou seja, a separação de corpos de pessoas, tendo como formas, os mais diversos, sendo os mais conhecidos, o instituto do divórcio e da separação. (MADALENO, 2018)

Com a vigência da Lei 6.515/77 e consolidado pelo Código Civil, o legislador trouxe a previsão da dissolução da sociedade conjugal, findando a união matrimonial, através de processos judiciais e extrajudiciais, a exemplo das separações, divórcios, entre outras formas de término do matrimônio, que vem tendo um grande crescimento desde sua previsão.

O já mencionado Código Civil/2002, em seu artigo 1.571º, nos mostra as formas em que um casamento ou sociedade conjugal podem se findar, todavia para analisarmos as formas de dissolução, primeiramente precisamos entender a diferença entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do vínculo conjugal.

Segundo Maria Helena Diniz (2018), o casamento é um instituto muito mais amplo que a sociedade conjugal. Ou seja, o vínculo conjugal, compreendido pelo instituto do casamento propriamente dito, regulamenta a vida dos consortes e suas relações, englobando os seus patrimônios, obrigações e deveres um com o outro, assim como com toda a família, incluindo as proles. De modo que a sociedade conjugal, se configura através do convívio, regendo apenas os deveres entre os cônjuges e regime matrimonial.

A dissolução da sociedade conjugal acontece através da separação judicial ou extrajudicial, já o vínculo conjugal se finda com a morte de um dos cônjuges, divórcio ou invalidade do casamento. Portanto, esses dois institutos terminam de acordo com o artigo 1.571º do Código Civil de 2002.

O divórcio põe fim ao casamento, e conseqüentemente os efeitos civis do matrimônio, não excluindo os deveres com os filhos. Não obstante, a separação não dissolve por completo o vínculo conjugal, pois se encerrou apenas vínculo entre os cônjuges, ou seja, a convivência.

No que tange a separação judicial, pode acontecer tanto na forma consensual como na litigiosa, enquanto na forma consensual ocorre quando os cônjuges, casados há mais de um ano, demonstrem em juízo a vontade de se separarem. Todavia, o juiz tem a opção de não homologar esse pedido, se perceber que tal ato trará prejuízos ao patrimônio dos herdeiros do casal. (DINIZ, 2018)

Já a litigiosa é abordada, Maria Helena Diniz, que aponta essa separação como:

[...] a litigiosa (CC, art. 1.572), ou não-consensual, efetivada por iniciativa da vontade unilateral de qualquer dos consortes, ante as causas previstas em lei. Tanto a separação consensual como a litigiosa dependem de sentença homologatória do juiz, no primeiro caso, e decisória, no segundo, por isso são denominadas, genericamente, “separação judicial. (2010, pág. 289).

Desta forma, percebe-se as diferentes formas para se chegar à separação, sendo nítido a disparidade entre o divórcio, que apresenta seus efeitos logo na sua primeira face. De tal modo, que em ambos os institutos, fica demonstrada a necessidade de se buscar a facilitação do fim do matrimônio, visando o interesse das partes, que em dada circunstância, encontram-se fadigados emocionalmente.

Ademais, pontua-se que com a aprovação da EC 66/2010, foram abolidas as nomenclaturas divórcio direto e indireto, assim como suprimido os requisitos de tempo exigidos para se obter o divórcio - um ano contados a partir da separação judicial e de dois anos contados da separação de fato.

Como fica claro na fala de Rolf Madaleno (2018, p.285):

A PEC do Divórcio se propunha a suprimir da legislação brasileira o instituto da separação conjugal nas suas versões judicial e extrajudicial e, desse modo, facilitar a vida pessoal e afetiva dos cônjuges desavindos, que não mais precisariam passar por dois processos judiciais ou lavrar duas diferentes escrituras públicas, para, em um primeiro momento promoverem a dissolução da sociedade conjugal nas variantes judicial ou extrajudicial da separação, e, em um segundo estágio dissolver o vínculo conjugal do casamento pela conversão em divórcio da precedente separação oficial, fosse ela judicial ou extrajudicial, salvo se preferissem aguardar dois anos de ininterrupta separação de fato ou de corpos, para gerarem o divórcio direto, a ser requerido em juízo ou igualmente promovido por escritura pública em tabelionato, se porventura a esposa não fosse gestante e ausentes filhos menores ou incapazes.

Neste sentido, tem-se que a separação judicial deixou de existir no ordenamento jurídico com a EC 66/2010. Entretanto, a separação judicial consensual e litigiosa não teve sua previsão retiradas do Código Civil/02, assim como não houve a revogação da Lei 11.441/2007,

que trata da separação consensual extrajudicial. Portanto, permanecem nesses dois sistemas, o divórcio e a separação judicial, meios para se chegar à dissolução da sociedade conjugal.

Ademais, o CC/02, aduz em seus artigos 1.571º a 1.582º a previsão da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal e seus efeitos. Já os artigos 1.583º a 1.590º, do referido código, fala sobre a guarda dos filhos. Estando presente, ainda nesse supracitado código, as possíveis causas geradoras da dissolução conjugal, vistas anteriormente. (BRASIL, 2002)

A dissolução da sociedade conjugal gera vários efeitos, porém os genitores não perdem as obrigações com suas proles, independente da forma que se deu o rompimento do vínculo. Portanto, o dever de sustento, guarda e educação permanecem, pois, o poder familiar da paternidade é responsabilidade dos pais, transcendendo os limites da dissolução conjugal.

Salienta Lobô, em uma de suas obras, fala que “a separação dos cônjuges (separação de corpos, separação judicial ou divórcio) não pode significar separação de pais e filhos, separam-se os pais, mas não estes em relação a seus filhos menores de 18 anos”. (2011, p.189).

Neste sentido, é imprescindível que os laços afetivos entre pais e filhos permaneçam preservados de maneira saudável, primando pelo respeito e alinhamentos mútuos. É de responsabilidade dos pais, estabelecerem novas formas de desenvolverem a guarda dos filhos, visando sempre o melhor interesse dos mesmos. (FIGUEIREDO; ALEXANDRE, 2014)

No processo da dissolução da sociedade conjugal, o casal precisa diferenciar bem o papel de marido e mulher (conjugalidade), e o papel de pai e mãe (parentalidade). Isto, pois a conjugalidade se configura no início da construção familiar, estando presentes apenas o casal, compartilhando uma mesma história de vida conjugal, construindo dinâmicas para relacionarem entre si. Se diferenciando da parentalidade, que configura-se com o dever dos genitores par com os filhos, guardando pela sua integridade e direito, como a convivência familiar saudável.

Por fim, esses institutos devem estar bem definidos, tanto no dia a dia dos cônjuges, como no processo de dissolução da sociedade conjugal, sendo importante para o desenvolvimento saudável dos membros da família. Assim, é importante que em momentos de grande tensão emocional, os pais desempenhem uma boa parentalidade, pautada no melhor interesse dos filhos, mesmo que os ambos tenham decidido findar sua caminhada matrimonial juntos.

2.2.2 Alienação parental

Quando o casal decide encerrar a vida conjugal, deve ter um cuidado redobrado com a proteção de seus filhos, para não tornar esse processo doloroso. Todavia, em alguns casos, quando se trata de um processo litigioso, os pais acabam por canalizar toda sua frustração nos filhos.

Infelizmente, isso não é tudo, esses conflitos entre os ex-cônjuges, acabam por gerar um sentimento de ódio, inimizade, raiva, passando a influenciar direta ou indiretamente nas relações afetivas dos pais com os filhos. É comum acontecer, de um dos genitores, usarem de manipulação com os filhos, para afastá-lo do convívio do outro genitor, como uma forma de puni-lo, denominado de Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Nesse condão, Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2021, p.66), afirmam:

Esse fenômeno, geralmente, tem seu início a partir das disputas judiciais pela guarda dos filhos, uma vez que os processos de separação em geral tendem a despertar sentimentos de traição, rejeição, abandono e angústia – quando surge o medo de não ter mais valor para o outro.

O fenômeno da alienação parental, que pode acontecer das mais diversas formas, principalmente nos processos de guarda, tem sempre como foco o afastamento do alienado com relação ao genitor, acarretado por sentimentos ruins, de egoísmo e vingança.

Antes de prosseguir, é necessário fazermos uma breve distinção da Alienação Parental e da Síndrome da Alienação Parental, denominação não adotada pela legislação pátria, entendendo-se que não se trata de uma doença por não está inclusa na Classificação Internacional das Doenças (CID).

A Síndrome da Alienação Parental compreende-se como um fenômeno muito mais amplo que o afastamento proposital, uma vez que o alienador faz uma verdadeira lavagem cerebral na criança e/ou adolescente que se encontram vulneráveis, na circunstância de criança em formação. Já a Alienação Parental acontece antes da Síndrome da Alienação Parental, e a legislação vigente, tem cunho preventivo, como fica demonstrado por Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2021, p.70):

É necessário ter em mente que o objetivo de Lei 12.318/2010 é a prevenção, é a atuação antes que os atos de alienação se instaurem a ponto de virar uma síndrome ou um fenômeno enraizado em todo o sistema familiar, antes que os vínculos quebrados não possam mais ser reconstruídos.

Portanto, para efeito desse trabalho, iremos abordar apenas a Alienação Parental, prevista no ordenamento pátrio. Feitas essas considerações, nota-se que o genitor, não tem

intuito em prejudicar o filho, mas assim o faz, ao afastá-lo do outro genitor, de forma violenta e manipuladora. Como demonstram os autores supracitados acima, (2021, p.67-68):

Trata-se de uma campanha liderada por um genitor, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação.

Tal situação, coloca em risco a proteção aos direitos fundamentais da criança e/ou do adolescente de convivência familiar saudável, bem como a má relação afetiva com um dos genitores e acarretando uma série de sequelas irreversíveis que poderão se apresentar apenas na fase adulta, como depressão, insegurança, entre outros.

Ademais, essa prática fere o princípio fundamentais, como da dignidade da pessoa humana (art,1º, III, CRFB/88), base da proteção da entidade familiar, e direitos inerente a esses sujeitos.

Diante da gravidade da prática de lesões aos direitos da criança e adolescente, o ordenamento civilista publicou a Lei 12.318/10, tratando das possibilidades em que a Alienação Parental pode vir a ocorrer, assim como as punições para o cometimento desse ilícito.

A prática da Alienação Parental configura-se com a manipulação psicológica do filho pelo genitor, avós ou quem possui a sua guarda ou vigilância, para que este repudie o outro genitor ou prejudique seu vínculo afetivo, conforme descrito no caput do artigo 2º da Lei de Alienação Parental. (BRASIL, 2010)

Quanto às condutas ilícitas, o legislador caracteriza-as em rol exemplificativo, que dispõe no mesmo artigo da mencionada lei, em seu parágrafo único, subscrito:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL,2010)

Portanto, os genitores que não possuem o papel de guardião da criança e/ou adolescentes precisam estar atentos ao comportamento e ato de repúdio demonstrada por eles. Mas, por se tratar de matéria de ordem pública o magistrado *ex officio* também pode reconhecer essa violação à proteção da criança, não sendo necessariamente reconhecida apenas pelo genitor vitimado, afim de evitar consequências negativas na vida desses sujeitos.

Quanto às consequências da alienação, Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2021, p.101), afirmam que:

A consequência mais evidente é a quebra da relação com um dos genitores. As crianças crescem com o sentimento de ausência, vazio, e ainda perdem todas as interações de aprendizagem, de apoio e de modelo. Na área psicológica, também são afetados o desenvolvimento e a noção do autoconhecimento e autoestima, carências que podem desencadear depressão crônica, desespero, transtorno de identidade, distúrbios alimentares, incapacidade de adaptação, consumo de álcool e drogas e, em casos extremos, podem levar até mesmo a suicídio.

Essas e outras consequências podem ser desencadeadas, uma vez que a Alienação Parental não seja diagnosticada e interrompida. Na direção de preservar o crescimento saudável da criança e do adolescente, em ambiente propício para tanto.

O legislador, na tentativa de inibir ou atenuar o ato criminoso, tem em seu texto a previsão sancionatória, a ser aplicada pelo juiz a depender da gravidade do caso, podendo ser aplicado advertências, diminuição de tempo da prole com o alienador, multas, acompanhamento psicológico ou biopsicossocial. Para os casos mais graves se tem a alteração da guarda, a fixação do domicílio da criança, ou mesmo a suspensão da autoridade parental, conforme artigo 6º, da Lei 12.318/10.

O aperfeiçoamento da Lei de Alienação Parental deve continuar com base nos dados gerados ao logo dos dez anos de vigência da norma, visando uma maior proteção as crianças e adolescentes e com maior participação social.

2.3 Princípios aplicados à família e ao direito da criança e do adolescente

É importante asseverar, primordialmente, que existem diversos princípios norteadores do direito de família. Todavia, para alinhamento ao presente trabalho, serão explanados aqueles com maior aplicação no âmbito dos direitos da criança e do adolescente e que possuem maior relevância na temática da resolução de conflitos de demandas familiares envolvendo menores de idade.

Dessa forma, restará explicitado o direito ao respeito e à dignidade da pessoa humana, bem como da igualdade jurídica entre os cônjuges, da função social da família, da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, com arrimo na doutrina especializada.

Ademais, nem todos os princípios são encontrados no texto da lei, mas estão de forma implícita e possuem reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Não serão mencionados todos os princípios inerentes ao direito de família. Porém foram elencados alguns cujo entendimento é relevante para o estudo do presente capítulo.

2.3.1 Respeito e dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está presente, na CRFB/88, notadamente em seu artigo 1º, inciso III, caracterizando-o como um *superprincípio* (Tartuce, 2021).

Essencialmente, há de se destacar que o princípio da dignidade humana é basilar dentro da esfera jurídica que se impôs com a Constituição Cidadã, sendo notável princípio com caráter social e de imposição clara, ao tratar de algo tão necessário quanto a dignidade. Tem caráter universal e influência sobre os demais princípios.

Tartuce (2021) menciona a importância desse princípio dentro do direito de família, especialmente por ser um princípio que lida com o ser humano de uma forma tão sensível. Veja-se:

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Por certo que é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações. Entre muitas construções, é interessante a desenvolvida pelos juristas portugueses Jorge Miranda e Rui de Medeiros: “A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”. (TARTUCE, 2021, p.1024)

Assim, pois, a garantia da dignidade da pessoa humana é um princípio de máxima importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em razão do caráter dado pela CRFB/1988, sendo também um dos fundamentos da república federativa.

Dessa forma, Madaleno (2018) assevera que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 realizou uma reviravolta no direito de família ao considerar a defesa intransigente dos componentes da estrutura humana. Desta forma, prevalecendo o

respeito aos homens como indivíduos, ao passo que a família se tornou instituição de espaço e instrumento para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, é nítido que o princípio da dignidade da pessoa humana tem especial efetividade por meio da família, que tem o dever de zelar pela saúde, educação, lazer e outros direitos essenciais, em conjunto com o estado e a sociedade em geral.

2.3.2 Igualdade jurídica entre os cônjuges

Outro importante princípio trazido pela Carta Constitucional de 1988 é o da igualdade jurídica entre os cônjuges, tendo em vista que garante a igualdade formal e material da mulher no seio familiar, bem como atende ambos os pais de forma igualitária.

Sobre isso, Tartuce (2021) destaca que essa igualdade está presente em relação a todos os efeitos do direito de família, como é a possibilidade de pensão para o homem, por parte da mulher, bem como a garantia de que o homem poderá ter a guarda de seus filhos, assim como comumente era designado para as mulheres. Portanto, esse princípio constitucional tem o condão de garantir tratamento isonômico e proteção igualitária a todos, alcançando também os vínculos familiares.

Nesse sentido, é relevante que seja colacionado um julgado atual da jurisprudência brasileiro, consolidando os princípios aqui estudados, como o da igualdade jurídica entre os cônjuges, em razão de guarda compartilhada, *in verbis*:

Direito de família – Apelação Cível – Ação de Guarda – Princípio do melhor interesse da criança e **da igualdade entre os cônjuges – guarda compartilhada** – custódia física conjunta – criação sob o influxo de ambos os pais. [...]. (MINAS GERAIS, 2015).

Diante disso, vislumbra-se que o princípio da igualdade entre os companheiros é de grande importância para o direito de família, especialmente com a inovação da família democrática (TARTUCE, 2021), em que a participação de todos os envolvidos dentro do seio familiar para as decisões que lhes competem.

2.3.3 Função Social da Família

A função social da família encontra disposição na CRFB/88, notadamente em seu artigo 226º, sendo basilar para o funcionamento da sociedade como um geral, em especial para as garantias das crianças e dos adolescentes no seio familiar.

Assim, Tartuce (2021) destaca que a família deve ser analisada por meio do seu contexto cultural, diante das divergências regionais de cada localidade, para, só assim, ser possível indicar a função social daquele âmbito familiar, observadas as condições externas.

Nesses termos, há de se destacar que esse princípio é fundamental para, por exemplo, reconhecer a paternidade de forma afetiva, bem como para a indicação de outros tipos de núcleos familiares, como é a família homoafetiva, ao passo que a sociedade muda e se altera, devendo o direito acompanhar essas mudanças sociais. (TARTUCE, 2021).

Assim sendo, a função social da família não serve somente para garantir a existência dessa instituição. Serve também para garantir que desempenhe a sua função primordial, considerando as mudanças sociais e históricas, ao passo que é essencial para o crescimento do homem de forma individual e no seu papel social.

2.3.4 Melhor interesse da criança e do adolescente e a proteção integral

Para além dos princípios já estudados, outros dois tratam efetivamente sobre as crianças e adolescentes, os quais são: Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e a Doutrina da Proteção Integral, tendo em vista sua absoluta ou relativa incapacidade civil e, portanto, condição hipossuficiente.

Além disso, com a doutrina da proteção integral, buscou-se o bem estar desses indivíduos, através de tratamento digno e respeitoso, garantindo ambiente saudável e propícios para o seu desenvolvimento, sem nenhuma supressão dos seus direitos. E para tanto, é imprescindível que direitos referentes à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, ao esporte, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária, sejam igualmente respeitados, como prevê o ECA em seu artigo 4º. (BRASIL, 1990)

Ademais, essa nova fase da proteção integral trouxe como principal viés a transformação e revolução dos direitos desses indivíduos. Mudando o entendimento que se tinha da criança e adolescente como objetos, passando a vê-los como sujeitos em desenvolvimento e detentores de direitos.

Nesse sentido, cria-se uma rede de proteção composta por várias colaborações legais, doutrinárias, normativas em geral, e princípios. Sendo um deles a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que destacam algumas garantias das crianças e do adolescente em relação às suas famílias, respectivamente em seus artigos 227º, §1º e 3º, *in verbis*:

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

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

Art. 3º A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nesse contexto, há previsão legal do dever da família, como, destaque-se, absoluta prioridade, para com o interesse das crianças e dos adolescentes, que devem ter as garantias mínimas asseguradas, bem como resguardada sua integral proteção e o direito de convivência familiar.

Stolze Gagliano (2020) ressaltam que essa proteção integral é justamente em razão da função social da família, que tem o dever de providenciar ampla assistência às crianças e aos adolescentes, fornecendo acesso aos meios de proteção moral, material e espiritual desses indivíduos em desenvolvimento.

Por seu turno, o doutrinador Tartuce (2021) entende que, dentro da seara do direito civil, a proteção integral dada aos adolescentes e às crianças pode ser notada como o melhor interesse ou maior interesse desses indivíduos, da mesma forma que foi reconhecido pela Convenção Internacional de Haia.

Anotando mais, Tartuce (2021) indica que o Código Civil/02, especialmente em seus artigos 1.583º e 1584º reconhece esse princípio, ao passo que regula a guarda no poder familiar. Assim, esses dispositivos foram alterados para o reconhecimento da regra da guarda compartilhada, em detrimento da regra da guarda unilateral, ampliando a proteção e dando maior vazão ao princípio do maior interesse da criança e do adolescente, que poderá ter contato contínuo com ambos os pais.

Nesses termos, importante ponderar que esse princípio confere total proteção às crianças, inclusive, com a possibilidade de destituição do poder familiar, se assim for necessário e de melhor interesse para o para criança e/ou adolescente, conforme jurisprudência pátria, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. Criança em situação de risco. Conteúdo Probatório. Destituição do Poder Familiar. Proteção integral à criança. Princípio Constitucional. 1 – A proteção integral da criança é responsabilidade da família, da sociedade e do Estado. 2 – Comprovado o ambiente familiar insalubre ao qual estava submetida a criança e não havendo qualquer prova em contrário, imperioso a destituição do poder familiar,

sob pena de comprometer, irremediavelmente, o desenvolvimento da criança. (MINAS GERAIS, 2021).

Ante o exposto, percebe-se que esses princípios servem tanto para garantir os direitos/deveres aos pais e familiares de amplo acesso na criação, educação, segurança e lazer das crianças e adolescente, como para proteger-lhes de um ambiente insalubre e não compatível com as funções sociais da família, acarretando na desconstituição do poder familiar.

É importante pontuar ainda que os pais continuam como provedores/garantidores dos filhos, mesmo quando acontece a dissolução da sociedade conjugal, pois esse dever não se rompe junto com o matrimônio, uma vez que ele é muito maior que a relação conjugal rompida, ou seja, a obrigação dos pais com os filhos não se altera com a dissolução da família, permanecendo o poder familiar inalterado. Deste modo, os filhos menores de 18 anos, estarão sujeitos ao poder familiar, sendo de responsabilidade dos pais prover a criação dos filhos protegendo seus interesses, conforme aduz o artigo 1.634º do CC/02.

Ademais, o dever de proteção estatal com as crianças e adolescentes por meio da proteção integral se aplica na garantia da participação das crianças e adolescente nos processos autocompositivos.

Nesse sentido, é obrigação dos órgãos do Poder Judiciário que usam o sistema da autocomposição, capacitarem profissionais para atenderem esses indivíduos de forma adequada a cada caso concreto, proporcionando atendimento humanizado, através da permissão de acompanhamento especializado nas demandas de crianças e adolescentes.

Além disso, a exclusão desses sujeitos de direitos (crianças/adolescentes) nos processos de autocomposição, como a mediação, viola direitos assistido pela proteção integral, como a prioridade de atendimento em serviços públicos e privados, com fulcro no art.4º do ECA. Outra nítida violação é a não escuta das crianças e adolescentes no processo mediador, assim como a livre expressão ou mesmo a discriminação. Muitas vezes, são tratados de forma injusta e desigual, negando-lhes qualquer tratamento digno, ferindo o princípio da dignidade humana, ao inviabilizar o direito ao atendimento acolhedor.

Portanto, percebe-se que a negativa da escuta das crianças e adolescentes por profissionais habilitado na mediação é um completo desrespeito aos direitos e garantias presentes na proteção integral.

3 A MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A autocomposição é um mecanismo usado há anos nos conflitos em sociedade, ganhando novos formatos e melhorias até chegar no conceito que conhecemos hoje, apresentando-se como um fenômeno revolucionário, uma vez que traz um olhar mais humanizado ao processo, além de se mostrar um método muito eficaz. (SOUZA, 2016)

Ademais, o presente capítulo tem o objetivo de enfatizar o instituto da mediação no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o papel do mediador nas audiências de mediação familiar.

Sabe-se que, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, o legislador incentivou a escolha do instituto da mediação sendo considerado como eficiente e célere nas resoluções de demandas levadas à judicialização, tornando-o mais presente na prática forense.

Ainda nesse sentido, recentemente, ao denotar a efetividade desse instrumento alternativo de solução de impasses, a justiça passou a afirmar que tais meios seriam adequados, e não alternativos, criando-se um sistema denominado multiportas.

A expressão multiportas, como afirma Fernanda Tartuce, é abordada na Carta Magna, uma vez que dispôs sobre o comprometimento do Poder Judiciário em atender maior número de demandas, através do compromisso em “multiplicar as portas de acesso à proteção dos direitos lesados”. (TARTUCE, 2018, p.71),

Ainda segundo a autora, o Sistema Multiportas estatal pode ser conceituado como a atuação do Poder Judiciário em prol da orientação dos litigantes sobre as diferentes alternativas disponíveis para composição do conflito, de modo a tornar mais clara a opção mais satisfatória para a resolução consensual da demanda, devendo dispor do sistema de múltiplas portar desde o início da ação. (TARTUCE, 2018)

Neste sentido:

Assim, a par das alterações legislativas com incentivo ao uso de meios consensuais, devem os administradores da justiça atuar para disseminar informações sobre a variada gama de meios de composição de conflitos. Munidos de dados relevantes e pertinentes sobre seu viés os envolvidos em disputas e seus advogados poderão, cientes das várias possibilidades, optar com liberdade e legítima motivação por uma das formas de abordar controvérsias. (TARTUCE, 2018, p.75)

Com isso, percebe-se que, oportunizar vários acessos a autocomposição da demanda judicial viabiliza que as partes encontrem mais oportunidades para a resolução rápida e eficiente. Tal prática colabora com o desafogamento do sistema judiciário e também corroborando com eficiência e celeridade para alcançar a resolução da problemática que enseja

o litígio, de modo que propagação da cultura de meios adequados de resolução de conflito se apresentam como expressão prática da adoção do sistema multiportas no ordenamento pátrio.

De acordo com o exposto, observa-se que tais mecanismos forjaram uma nova cultura no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente marcado pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), que “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”, *in verbis*:

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Como se nota, a determinação do CNJ inaugura a nova ótica que passa a ser adotada no sistema judiciário, em prol da propagação dos ideais dos meios adequados para solução de controvérsias, impondo a criação de centros específicos para esta finalidade e a capacitação dos profissionais envolvidos.

Posteriormente, o instituto da Mediação ganhou regulamentação específica mediante a promulgação da Lei 13.140 de 2015, que dispõe sobre a resolução de conflitos através da Mediação, no âmbito da Administração Pública, trazendo o conceito no artigo 1º: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

A conceituação trazida pelo legislador, na lei supracitada, é de relevante importância, pois norteia e corrobora com a denominação elencada no CPC/15, artigo 3º, § 2º, com a seguinte previsão, “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Percebe-se que, o legislador buscou assegurar a institucionalização dos mecanismos adequados de resolução das demandas, com fulcro em efetivar e tornar mais acessível a proteção dos direitos assegurados no ordenamento pátrio.

3.1 Conceito

A temática referente a mediação, antes de positivada na legislação processualista, havia sido tratada pelo Conselho Nacional de Justiça, na resolução nº 125/2010, que logo no primeiro artigo estabeleceu que:

Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Neste sentido, percebe-se o direcionamento do ordenamento judiciário quanto a prática de meios adequados para solucionar os conflitos jurisdicionalizados, como instrumento de eficiência, celeridade e economia processual. De modo que, às demandas cabíveis, seria propagada a ideia de adoção de mediação e conciliação para solução da controvérsia.

Dentre as possibilidades de resolução adequada de conflitos, tem-se a mediação, vez que leva em consideração de maneira prioritária as partes envolvidas no litígio, em decorrência do disposto no artigo 165º, § 2 e 3 do CPC/15:

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

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

Diferencia-se aqui, a conciliação da mediação, posto que a primeira é utilizada quando não houver vínculo existente entre as partes, ou seja, ambos não se conhecerem em momento anterior ao conflito, possibilitando discutir puramente o direito envolvido, vez que a resolução do controvérsias reside diretamente no fato ou ato que motivou a conciliação, e não nas partes. Ademais, aqui se utiliza um conciliador, que participa mais ativamente no impasse, podendo sugerir soluções.

Em contrapartida, o instituto da mediação prioriza o diálogo existente entre as partes, que devem trazer informações, evidenciado o interesse pessoal, uma vez que não se trata de disputa e sim de mecanismo que objetiva restabelecer o diálogo entre os envolvidos, favorecendo a reaproximação dos indivíduos ou proporcionando o restabelecimento da relação anterior. (TARTUCE, 2021)

A mediação poderá ser extrajudicial, conforme artigo 21º da Lei 13.140/2015, quando não realizada diretamente pelo Poder Judiciário, sequer é iniciado o litígio em via judicial, e se manifestará através de convite realizado por uma das partes, para a composição da demanda, devendo o convidado apresentar a resposta em que indicará se aceita ou não fazer parte do procedimento de mediação. Tal modalidade extrajudicial não conta com a

obrigatoriedade da presença de advogado das partes e nem mesmo de homologação judicial do que ficar acordado entre as partes. (TARTUCE, 2021)

O legislador dispõe que a mediação também poderá ocorrer no âmbito judicial, como consta no artigo 24º da Lei 13.140 de 2015, ocorridas nos Centros Judiciários de Solução de Consensual de Conflitos, criados para esta finalidade específica e que conta com apoio de profissionais capacitados para proporcionar o ambiente adequado para a formalização do acordo, que resolverá a demanda já judicializada.

Sendo a mediação ato voluntário, é necessário que as partes manifestem anuência quanto ao envio do processo para o Centro de Conciliação e Mediação. Isto é, o réu deverá concordar com o procedimento da mediação, de forma que a ausência da manifestação expressa ensejará a devolução automática dos autos ao juiz, para que dê prosseguimento ao rito processual. (SCAVONE, 2018)

Na modalidade judicial, o mediador será pessoa indicada pelo juiz, não se sujeitando a aprovação das partes envolvidas, que deverão estar acompanhadas de seus representantes judiciais, inclusive em situações que a parte não puder arcar com o patrocínio da defesa, será viabilizada a assistência da Defensoria Pública.

Ademais, tem-se que:

Art. 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo. (BRASIL, 2015)

Importante ressaltar que, a legislação da mediação apresenta no artigo 20º a determinação quanto a necessidade de encerramento da mediação com a lavratura do acordo em seu termo final, ou mesmo em casos onde não seja firmado o consenso, que as partes registrem o intuito de obter o acordo em nova oportunidade, ainda que apenas por registro do mediador.

Com isso, percebe-se que, a oportunidade oferecida pelo juízo de resolução da demanda através da prática consensual, também proporciona que as partes alcancem a solução de forma mais célere, mesmo quando já iniciado o processo. Isto porque conta com prazo determinado de 60 (sessenta) dias para a finalização do procedimento de mediação, enquanto a ação judicial poderá perpetuar por anos até que seja transitada em julgado.

Além disso, a mediação estimula as partes a encontrarem o meio mais adequado para resolução pacífica da divergência, contando com a primordial atuação do mediador, que

conduzirá o procedimento, buscando facilitar a comunicação entre os indivíduos. Assim, através da conversa e do diálogo consigam solucionar o problema, de modo que todos saem ganhando.

A mediação poderá ser utilizada nas mais variadas temáticas, incluindo quando versar sobre conflitos familiares. Tendo como característica intrínseca a natureza mais pessoal da demanda, de modo que a adoção do meio adequado para resolução do conflito, através de métodos consensuais, sem a imposição imperativa do poder judiciário, se mostra adequado com o propósito do instituto em comento, conforme aduz Rios Gonçalves (2021, p. 516):

Diferente é a situação quando o litígio versar sobre questões familiares, sejam referentes a cônjuges e companheiros, sejam relativas a parentes. Nesse caso, já havia um vínculo anterior dos envolvidos, e é de se esperar que ele persista, depois que o conflito for solucionado. O mesmo ocorre nas questões envolvendo direito de vizinhança, em que há uma relação prévia entre os envolvidos, a decorrente da vizinhança, que poderá persistir após a resolução do conflito.

A mediação é adequada para vínculos de caráter mais permanente ou ao menos mais prolongados, e a conciliação para vínculos que decorrem do litígio propriamente, e não tem caráter de permanência. (grifo nosso)

Veja-se que, a atuação do mediador torna-se ainda mais relevante quando se tratam das situações envolvendo o direito de família, isto se justifica pelo fato da demanda relacionada ao direito familiar, ater-se principalmente as partes. De modo que envolve a manifestação de interesse dos envolvidos na relação familiar, especialmente em situações que envolvem o direito de crianças e adolescentes que sejam parte de relações familiares que estejam litigando.

Em tópico específico, será abordado a atuação da mediação no âmbito das demandas familiares. Tal abordagem será realizada especialmente para evidenciar a relevância destes mecanismos no trato com as crianças e adolescentes, que estejam envolvidas em litígio, principalmente, pelos pais em situação de dissolução conjugal.

3.2 Regulamentação, características e princípios da mediação

Inicialmente o instituto da mediação seguia as disposições contidas apenas nas instruções da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que serviu como base fundamental para o regramento sobre o assunto.

Posteriormente, a mediação passou a ser regulamentada expressamente pela Lei nº 13.140 de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição, o legislador determinou na Lei de Mediação sobre os princípios norteadores da mediação (BRASIL, 2015):

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

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé

Os princípios que fundamentam as práticas consensuais, também estão dispostos no artigo 166º do Código de Processo Civil/15, “princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

Nota-se que, os princípios supracitados buscam evidenciar a neutralidade da atuação do agente mediador. Da mesma forma a prevalência de critérios que atuam em prol da roupagem de celeridade e informalidade atribuída ao instituto em comento, isto, pois, como mencionado em momento anterior, os métodos adequados de conflito pautam-se na celeridade e eficiência do direito.

Em síntese, tem-se que a imparcialidade, relaciona-se com a exigência do terceiro que atua como mediador, não se manifestar de forma a favorecer ou prejudicar um dos envolvidos, devendo agir em conformidade com a neutralidade, razão pela qual não pode possuir vínculos com nenhum dos indivíduos que estejam resolvendo o conflito.

Neste sentido, aduz Tartuce (2018, p. 203):

Ao abordar as propostas, preconiza-se grande cautela por parte do mediador. A manifestação de opinião quanto a uma ou outra pode ser deletéria e influir decisivamente na conduta dos envolvidos, seja para gerar um acordo artificialmente entabulado (sem aderência à situação das pessoas em conflito), seja para desanimá-las quanto ao procedimento ante um suposto comprometimento ético do mediador.

Assim, observa-se que o mediador deve agir de maneira que não apresente qualquer tom de influência, não transparecendo para os mediados se concorda ou discorda com os pontos discutidos, a fim de não os influenciar. Pelo contrário, deve pautar-se sempre na imparcialidade de suas ações.

Quanto a oralidade e informalidade, corresponde a ausência de formalismo em relação a exigência de reduzir a termo. De acordo com Scavone Junior (2018) nem mesmo há registro ou qualquer gravação da mediação, a fim de priorizar a confidencialidade entre os mediados, e propiciar um ambiente adequado e providencial para o diálogo.

Sobre o princípio da confidencialidade, tem-se que a disposição prevista no artigo 166º do Código de Processo Civil/15:

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

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

§ 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. (BRASIL, 2015)
(grifo nosso)

Assim, é possível observar que o legislador buscou conceder bastante relevância ao sigilo imposto aos atos oriundos dos meios adequados de resolução de conflito, garantindo às partes maior segurança para que consigam se sentir à vontade em expor seus interesses e proporcionar o alcance do diálogo de forma satisfatória.

Calmon (2019), afirma que a confidencialidade se apresenta como a garantia de que o conteúdo da negociação não será divulgado para pessoas estranhas a mediação, bem como as informações prestadas não deverão ser utilizadas para outra finalidade. Percebe-se, portanto, que o sigilo da mediação é responsabilidade de todos os atuantes, principalmente do mediador, garantindo assim um ambiente seguro para os mediados encontrarem o consenso.

Corroborando com a importância da confidencialidade e da responsabilidade dos agentes facilitadores em atentarem-se para o caráter sigilo da solução adequada do conflito, o legislador dispôs no artigo 6º da Lei 13.140 de 2015, sobre o impedimento dos mediadores atuarem, dentro do prazo de um ano, em prol de qualquer indivíduo para quem tenha atuado na função de facilitador da solução do conflito. Ademais, não poderá atuar nem mesmo como testemunha em processos sejam judiciais ou arbitrais. (BRASIL, 2015)

A supracitada legislação, deixa ainda mais claro a prioridade da observância da confidencialidade, dispondo de seção específica para tratar o tópico, esclarecendo sobre as pessoas e os atos que deverão seguir os impedimentos trazidos pelo rito sigiloso:

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

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

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

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

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

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação. (BRASIL, 2015)

Neste limiar, nota-se que o legislador buscou asseverar as manifestações dos profissionais envolvidos na mediação que estarão resguardadas, ou seja, não poderão ser expostas em momento algum nem mesmo durante o curso de processo judicial que venha a ser formado, resguardadas as devidas exceções.

Quanto à exceção mencionada na legislação, tem-se o § 3 e 4º do artigo 30º, que a regra da confidencialidade não será aplicada quando se tratar da ocorrência de crime de ação pública, de modo que os profissionais envolvidos na mediação possuem a obrigação de prestar informações à administração tributária, estando estas resguardadas pelo sigilo. (BRASIL, 2015)

De acordo com Antônio de Jesus (2020), parte dos estudos sobre o princípio da confidencialidade prelecionam que, por se tratar de interesse público, a informação recebida através da mediação, que estejam diretamente relacionadas com o critério de exceção mencionado pelo artigo supracitado, pauta-se pelo princípio da publicidade que rege todos os atos da administração pública.

Todavia o supracitado autor, tem opinião contrária a prevalência do princípio da publicidade:

O princípio da publicidade obriga apenas a Administração Pública, não o particular que estiver em conflito com ela em mediação. Nesse caso, seja a mediação conduzida pela Administração Pública, seja a que tenha um de seus órgãos como parte, **não se aplica ao particular o princípio da publicidade e assiste-lhe o direito de preservar o teor de suas declarações**, mesmo que não se refiram à sua vida privada ou intimidade – sobretudo porque ele não está obrigado a participar do mecanismo de mediação. (JESUS, 2020, p.11) (grifo nosso)

Assim, parece mais acertado com o posicionamento idealizado pelo legislador para as técnicas de mediação, que a confidencialidade seja diretriz que prevalece no ambiente de mediação, para assegurar o ambiente confortável as partes, tanto na mediação judicial quanto extrajudicial.

Consubstanciado pelo entendimento adotado nos julgados atuais, como exemplo colaciona-se decisão recente do Supremo Tribunal Federal:

Decisão: Instaurada a fase de mediação no feito e considerando a confidencialidade que deve reger sua realização (art. 166 da Lei nº 13.105/2015; art. 2º, VII, da Lei nº 13.140/2015; e art. 8º da Resolução STF nº 697/2020), autue-se Petição apartada, registrada à Presidência e a tramitar em segredo de justiça, em sede da qual se conduzirá a realização das sessões entre a Ministra mediadora e as partes e interessados. Publique-se. Int.. Brasília, 24 de fevereiro de 2021. Ministro Luiz Fux Presidente Documento assinado digitalmente. (STF - ARE: 1266095 RJ 0490011-84.2013.4.02.5101, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 24/02/2021, Data de Publicação: 25/02/2021)

Neste sentido, compreende-se que pelo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, deve o procedimento da mediação ser pautado na regra da confidencialidade, estando presente durante todo o procedimento e até mesmo após o encerramento.

Quanto ao princípio da informalidade, Fernanda Tartuce (2018) menciona sobre a possibilidade de favorecimento da comunicação entre as pessoas envolvidas no conflito, com a contribuição do mediador, para que com tranquilidade, descontração e relaxamento, alcancem composição favorável para os envolvidos.

Afirma a autora:

Na mediação extrajudicial, em que a autonomia da vontade é respeitada com maior intensidade, não há exigência nesse sentido; cabe aos envolvidos a definição sobre como o final da sessão consensual será registrado. Tendo o conflito sido tratado e resolvido efetivamente, eventual acordo derivará da vontade livre e consciente dos envolvidos – o que pode conduzir ao cumprimento espontâneo e dispensar a formalização do pacto por escrito. (TARTUCE, 2018. p. 213)

Notadamente, tem-se que o procedimento da mediação privilegia a concordância entre as partes, para que cheguem a ponto comum, explicitando autonomia de vontade entre as partes. Permitindo assim, que estes decidam de acordo com seu interesse e busquem a melhor saída, em consenso.

Quanto ao princípio da autonomia da vontade, aduz Fernanda Tartuce (2018, p.214):

O tema da autonomia traz a mente um ponto importante: a voluntariedade. Por tal diretriz, que para muitos é nota essencial da mediação, a conversação só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; eles devem escolher o caminho consensual e aderir com disposição à mediação do início ao fim do procedimento. Que ela se conecta com a disposição das partes em engajar-se no diálogo.

Importante ressaltar que, consta na Resolução 125/2010 do CNJ (2016) a importância da autonomia das partes envolvidas para que, juntas, alcancem uma decisão voluntária e não coercitiva, livre para tomada de decisões que podem ser modificadas até o final do procedimento.

Neste sentido, pontua-se que a mediação não apresenta intervenção externa, ou seja, o mediador atua apenas para encaminhar a resolução do conflito entre as partes, não devendo em momento algum apontar qualquer direcionamento que interfira na liberdade dos envolvidos. Assim, “ao mediador caberá gerar oportunidades para que as pessoas esclareçam pontos relevantes e se abram à comunicação necessária”. (TARTUCE, 2018, p.216)

Ademais, é possível mencionar que o princípio da decisão informada é decorrente da autonomia das partes, uma vez que estabelece a necessidade de os indivíduos mediados estarem cientes dos seus direitos e, primordialmente, da consequência da autocomposição resolvida em consenso. (SCAVONE, 2018)

Significa dizer que, para que ocorra a resolução adequada do conflito através da mediação é imprescindível que ambos estejam dispostos a restabelecer as vias do diálogo, não existindo o termo vencer ou perder, a decisão tomada deve ser benéfica para ambos.

O legislador pontuou também sobre o princípio da busca do consenso, indicando o intuito do procedimento em apresentar o resultado das análises de renúncias e aceitações realizadas entre os mediados, tornando um possível acordo mais propenso a acontecer no fim da mediação.

Assim, o mediador deve desempenhar seu papel se munindo de todas as estratégias para alcançar a negociação, sem usar de qualquer meio de induzimento, deixando as partes livres na tomada de decisões e sempre mantendo a imparcialidade dos seus atos. (TARTUCE, 2018)

Este princípio norteador está interligado com o conceito de cooperação e não competitividade, em razão da prevalência da comunicação entre as partes, através das reuniões e diálogos firmados pelas partes, com a participação do mediador.

Neste sentido, afirma Fernanda Tartuce (2018, p.218):

Verifica-se uma situação cooperativa quando um participante do processo, ligado de forma positiva a outro, comporta-se de maneira a aumentar suas chances de alcançar o objetivo, aumentando com isso também a chance de que o outro o faça; na situação competitiva, diferentemente, o participante se comporta de modo a elevar suas próprias chances de sucesso e diminuir as chances do outro.

Com isso, nota-se que os princípios apontados na Lei da Mediação demonstram a primazia da vontade das partes, justamente por ser instrumento para alcançar a resolução adequada de conflitos. Deste modo evita a disputa litigiosa jurisdicionalizada, a qual em muitos casos a sentença do juiz não reflete a vontade das partes.

Por fim, tem-se os princípios da boa fé e da isonomia entre as partes, os quais podem ser considerados como intrínsecos não somente ao procedimento da mediação, mas a todos os atos realizados no âmbito jurídico. Isto porque, é fundamental que os objetivos dos sujeitos envolvidos estejam munidos de boa-fé, sem a qual estarão invalidados os atos decorrentes, uma vez que compromete o andamento e o resultado a ser alcançado com a resolução do conflito, seja ela extra judicial ou litigiosa. (TARTUCE, 2018)

No mesmo sentido, a isonomia garante a lisura da mediação, haja vista que possibilita que todos os demandados disponham das mesmas oportunidades, para que não haja qualquer favorecimento.

Para tanto, Fernanda Tartuce (2018, p. 220) afirma que a atuação do mediador é extremamente relevante:

A primeira providência do imparcial facilitador é informar aos presentes o perfil do procedimento para que não haja equívoco quanto ao teor das comunicações, gerando o devido esclarecimento sobre as consequências da celebração ou não de um acordo. É também papel do terceiro imparcial checar se os envolvidos conhecem os dados relevantes para que eventuais soluções construídas consensualmente possam ser acolhidas como fruto de genuíno e esclarecido consentimento. Cientes da confidencialidade e do potencial colaborativo do encontro, as pessoas poderão ter condições de dialogar em um espaço útil à comunicação. Sendo um dos objetivos a busca de interesses comuns, é importante que o terceiro imparcial, ao facilitar a conversação, atue de modo adequado para que os litigantes consigam divisar pontos produtivos a serem trabalhados caso queiram encontrar saídas para seus impasses.

Destarte, verifica-se que, os direitos e os princípios que estão relacionados a todo o procedimento para alcançar a resolução de conflito, através da mediação, carecem da atuação proativa e positiva do mediador. O qual atua como facilitador de todos os momentos da mediação, especialmente por ser responsável em fazer valer os direitos assegurados aos mediados, sem advogar em prol desses diretos, respeitado a isonomia e também mantendo-se sempre atento a ocorrência de fatos que deslegitimem a lisura do procedimento, observando as diretrizes que norteiam a mediação.

Nesse sentido, observa-se que o mediador deve possuir certa agilidade e destreza para conduzir todo o conflito, sabendo tomar decisões rápidas e certeiras. Nem deve o mediador se afastar da neutralidade, mantendo o ambiente harmônico, e primando sempre pela humanização da audiência, agindo imparcialmente e sem qualquer induzimento a favor ou contra qualquer caminho a ser tomado pelas partes. (TARTUCE, 2018)

Nota-se que, conforme afirmado anteriormente, o ponto crucial da mediação é a disposição dos envolvidos em encontrar o equilíbrio em comum, através da comunicação e do diálogo. Com a contribuição do mediador, que atuará para que cheguem de maneira efetiva e esclarecida neste resultado positivo, os mediados poderão manter a via comunicativa de maneira proveitosa.

3.3 Objetivos e Consequência da Mediação

Como mencionado no decorrer do capítulo, a mediação é um dos meios adequados de resolução do conflito, definidas com a nova ordem processual inaugurada pelo Código de Processo Civil. Pautando-se em princípios que objetivam diminuir a grande demanda suportada pelo sistema judiciário brasileiro, que segue crescendo, de forma desproporcional a capacidade de atendimento do público que necessita.

Para tanto, o instrumento da mediação, entre outros, desempenha importante função de possibilitar que o indivíduo que necessita resolver litígios que poderiam ser judicializados, se quer cheguem a iniciar uma ação judicial, quando esta puder ser resolvida pela via adequada.

Todavia, embora a primeira sugestão seja a proposta de resolução do conflito sem precisar intervenção ativa do judiciário e o consenso seja efetivamente alcançado, muitas vezes esse não será o resultado prático, como afirma Fernanda Tartuce (2018, p. 226):

É preciso compreender que o “sucesso da mediação” não está ligado à celebração de um acordo: afinal, [...] a definição de qualidade em mediação consiste no conjunto de características necessárias para o processo autocompositivo que irá, dentro de condições éticas, atender e possivelmente até exceder as expectativas e necessidade do usuário. Pode-se, portanto, considerar “bem-sucedida” a mediação quando o “sucesso” está diretamente relacionado à satisfação da parte.

Nestes termos, a solução do conflito nem sempre será alcançada. De modo que o acordo não ocorrerá em todos os casos, especialmente porque a função primordial da mediação é viabilizar que os envolvidos consigam resgatar o diálogo e conjuntamente discutir sobre o melhor caminho a ser seguido, possibilitando que ambos tenham seus interesses atendidos.

Assim, ressalte-se, mesmo que não resulte em acordo, será possível considerar que a mediação foi alcançada quando houver o restabelecimento da comunicação para que, até mesmo futuramente, consigam sem intervenção de terceiros chegar na melhor solução sem a formação de litígio.

A autora Fernanda Tartuce (2018) discorre sobre desdobramentos alcançados através da mediação, que não se resumem a formalização de acordo. Como por exemplo a função de providenciar o restabelecimento da comunicação, proporcionando que as pessoas envolvidas no litígio resgatem o alinhamento entre si, decorrente do resgate trazido pelo diálogo para resolução do impasse:

Sendo a finalidade da mediação a responsabilização dos protagonistas, é fundamental fazer deles sujeitos capazes de elaborar, por si mesmos, caso este seja o seu desejo, acordos duráveis. Para tanto, o grande trunfo da mediação é restaurar o diálogo e propiciar o alcance da pacificação duradoura. A mediação pode ser considerada uma proposta não de solução do conflito simplesmente, mas de reorganização e reformulação da comunicação entre as pessoas. (2018, P.227)

Nestes termos, o fato de os indivíduos estarem juntos, buscando encontrar o meio termo adequado para satisfação dos interesses mútuos, da melhor forma possível, pode ser considerado como resultado positivo da mediação. Assim, viabilizando também a preservação do relacionamento existente, que ensejou o litígio e posteriormente a necessidade de mediação.

A mencionada autora, aduz ainda que a mediação proporciona que os casos não sejam levados ao judiciário:

Assim, desponta a mediação como ferramenta eficiente para que se evite a ocorrência do fenômeno da litigiosidade remanescente quanto à controvérsia abordada, assim como a litigiosidade sobre pontos controvertidos relativos a outros potenciais impasses naquela ou em outras relações jurídicas entre os envolvidos. (TARTUCE, 2018, p.228)

Desta forma, é possível compreender que a mediação possuirá consequência frutífera. O fato de possibilitar a resolução do conflito sem que seja necessário acionar a via judicial, contando com a atuação da figura do mediador que colabora para que as partes tenham oportunidade de dialogar, é um importante argumento para a utilização deste instituto.

E além disso, esse instituto tem se mostrado muito útil nos conflitos familiares, uma vez que as técnicas se demonstram eficientes na reconstrução de diálogos outrora perdidos.

3.4 Técnicas de Mediação

A mediação pode se manifestar através de várias técnicas, especialistas afirmam que a escolha da técnica mais apropriada se relaciona com a personalidade e do perfil das partes envolvidas.

Fernanda Tartuce (2018) menciona que, a técnica está relacionada com a finalidade da mediação, uma vez que deve estar adequada ao objetivo da mediação, para restabelecimento da comunicação, preservação do relacionamento, prevenção de conflitos e até mesmo a pacificação.

Neste sentido, tem-se:

Especialmente no que tange aos meios consensuais, por muito tempo no Brasil não houve a devida atenção; quando o juiz e certos auxiliares (muitas vezes estudantes/estagiários) tinham a incumbência de, dentre outras atribuições, conciliar, comumente não havia preparo específico para atuar; o bom conciliador acabava sendo a pessoa naturalmente “vocacionada” que descobria em si virtudes que o habilitavam a promover conversas. (TARTUCE, 2018, p.251)

Para alcançar este resultado, conta-se com a possibilidade de realização da mediação através da escuta ativa, perguntas abertas, estimulação da empatia, reformulação além de separar pessoas dos problemas. Deve concentrar em interesses e valores, estimular identificação entre as partes e gerenciar o lado bom das emoções envolvidas.

Neste momento, importante ressaltar que a capacitação do mediador é imprescindível, percebe-se que a sua atuação como facilitador da mediação deve pautar-se nos princípios e critérios já mencionados.

De acordo com Sales (2016), a escuta ativa consiste na vontade e capacidade de não apenas ouvir o que o outro fala, mas se permitir compreender atenciosamente a mensagem dita,

devendo o facilitador atuar na condução do diálogo com serenidade e proporcionando ambiente seguro para que as partes expressem suas intenções, estando atentos à compreensão do que é dito.

Assim, nota-se que a escuta ativa propõe que os envolvidos no processo de mediação priorizem atenção as opiniões proferidas, reciprocamente, demonstrando interesse nas informações trazidas pelo outro, sem julgamentos e com zelo.

A escuta ativa deve considerar o conjunto de ações, gestos e palavras proferidas, especialmente quanto ao mediador, uma vez que a sua maneira de se portar e falar poderá causar impacto em como os mediados poderão agir durante o processo.

Assim, Fernanda Tartuce (2018) menciona que é necessário manter a postura relaxada, participar ativamente da conversa, mostrar-se receptivo e disponível para escutar, não desviar atenção para duas atividades ao mesmo tempo, utilizar incentivos verbais, manter contato visual eficiente e, sobretudo, ser compreensivo.

Também se menciona sobre a técnica das perguntas abertas, em que o facilitador deve estimular que as partes consigam abordar a maior quantidade de informações em suas falas, atuando para que se sintam confortáveis em expor seus sentimentos e situações vividas. (SALES, 2016)

Há também a técnica de estímulo à empatia que, segundo Sales (2016), trata-se da atuação do mediador em incentivar que as partes se coloquem no lugar do outro, onde através do diálogo firmado, os envolvidos se permitem enxergar a situação vivenciada através das experiências relatadas pelo outro, assim, menciona a autora que:

A partir do diálogo, uma vez identificados os interesses, estimula-se o encontro de várias soluções, muitas vezes diferentes das soluções inicialmente propostas. Quando as pessoas iniciam uma discussão, elas estão vivenciando um momento adversarial que as fazem apresentar determinadas soluções. Depois de estabelecida uma nova forma de comunicação, na qual passam a ser percebidos os reais interesses, as pessoas identificam pontos de convergência que permitem a cooperação. (2016, p.[?])

Neste ponto, percebe-se que o resgate a comunicação e estabelecimento do diálogo entre as partes é essencial. Vê-se também a razão pela qual a mediação proporciona até mesmo o restabelecimento da relação entre os envolvidos, pois eles são instigados a ideia de que abertura dos seus sentimentos e interesses será respeitada e ouvida com atenção e cuidado.

Fernanda Tartuce (2018, p.260) menciona também que é possível fazer a combinação de técnicas para melhor atender à especificidade do caso, pois “a mediação é flexível, sendo este um de seus mais importantes predicados, a consciência sobre as várias

possibilidades de atuação e sobre a diversificação das técnicas é de suma relevância para a realização de uma mediação proveitosa”.

Ou seja, faz-se necessário ao mediador que ele consiga equipar-se da melhor opção, ainda que combinada de diversas, para que as partes consigam alcançar uma comunicação mais fluida, orgânica e positiva.

Como se sabe, a mediação preza e estimula as partes a dialogar de maneira tranquila e amigável, estando dispostas a ouvir ativamente. Todavia, é possível situações de estresse e de animosidades, em que uma das partes ataque a outra com palavras baixas e depreciativas, pontuando defeitos, ressaltando o lado negativo da situação ou da pessoa.

Nessas situações, Azevedo (2016) preleciona que o mediador deve agir cautelosamente e ainda assim demonstrando interesse pelas informações apresentadas, mesmo que de forma negativa, demonstrando compreensão pelo sentimento nutrido e propondo que as partes se atentem primordialmente a situação levantada e não aos sentimentos atrelados ao outro, para que assim consigam enxergar o objetivo da mediação em preservar o relacionamento e restabelecer a comunicação.

O mesmo autor menciona ainda sobre a atribuição do mediador em demonstrar aos envolvidos que a solução partirá delas, que devem agir em prol da resolução da disputa e apresentar seus interesses objetivando a despolarização do conflito, reconhecendo e validando o sentimento do outro. (AZEVEDO, 2016)

Em algumas situações, as partes podem preferir que a reunião com o mediador ocorra de forma particular. Esta possibilidade é assegurada pela Lei de Mediação, que dispõe sobre a possibilidade de realizar a mediação separadamente, para que se sintam mais à vontade em apresentar seus sentimentos e interesses e assim, o facilitador consiga recolher informações importantes que poderão ser discutidas com a outra parte.

Fernanda Tartuce (2018) menciona as principais hipóteses em que se mostra mais adequado que primeiramente seja realizado o encontro individual dos mediados:

1. Há um elevado grau de animosidade entre as partes;
2. Há dificuldade (de uma ou ambas) de se comunicar ou expressar adequadamente quanto a interesses e questões presentes no conflito;
3. O mediador percebe que há particularidades importantes que só serão obtidas por meio de uma comunicação reservada;
4. Há necessidade de uma conversa com as partes sobre suas expectativas quanto ao resultado, por exemplo, de eventual sentença judicial. (TARTUCE, 2018, p.262)

Quanto à possibilidade de realização de sessões individuais com cada mediado, importante reiterar sobre o princípio da confidencialidade que rege a atuação do mediador, de

maneira que ele somente poderá expor as informações de uma parte para outra, se e somente se, houver expressa autorização para esta finalidade;

Assim, para colaborar com o bom desenvolvimento da mediação deverá o mediador agir com toda a competência e em atenção a todos os princípios e utilizando-se das técnicas mais adequadas para conquistar a confiança da parte. Tanto para expor os sentimentos pessoais como para autorizar que estes sejam levados a outra parte, confiando que o facilitador estará atuando em prol de viabilizar que todos saiam ganhando.

Conforme será melhor explicitado no tópico que trata sobre a mediação para resolução de conflitos familiares, observa-se que o atendimento as técnicas de mediação propostas são fundamentais. Principalmente quando se trata de demandas envolvendo o direito de família que apresentam, em sua essência, uma gama de sentimentos pessoais que devem ser cautelosamente abordados.

4 RESOLUÇÕES DE CONFLITOS FAMILIARES, MEDIAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O uso da autocomposição nas demandas de família tende a ser muito eficaz. Isto porque ao colocar os envolvidos no conflito em direta busca das próprias soluções, assumem para si a responsabilidade das decisões tomadas.

Afirma Fernanda Tartuce (2018) que, o efeito pacificador dificilmente é alcançado com a prestação jurisdicional que se fundamenta com a decisão do juiz, de modo que passa a ser mais satisfatório quando as próprias partes protagonizam a administração do conflito, a partir da compreensão de todas as versões envolvidas e buscando aborda-las de forma produtiva, objetivando a solução da situação de conflito.

O presente capítulo tem o objetivo de enfatizar o instituto da mediação na resolução de conflitos na seara familiar. Principalmente envolvendo crianças e adolescentes, para fundamentar os mecanismos adotados para esta finalidade, como a escuta ativa dos das crianças e dos adolescentes. Nesse contexto, analisaremos ainda a omissão da legislação pátria no tocante a escuta desses sujeitos.

4.1 A aplicação da mediação no direito de família

Como mencionado no capítulo anterior, a mediação busca não somente resolver o conflito através da formação de um acordo, mas sim possibilitar que as partes envolvidas alcancem a melhor solução, incluído o resgate da comunicação, através do diálogo.

O legislador determinou no Código de Processo Civil de 2015 o incentivo aos meios consensuais também nos casos de demandas familiares, conforme disposto no artigo 694º (BRASIL, 2015), que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento”.

Como se observa do dispositivo supracitado, o intuito da nova roupagem trazido ao sistema judiciário processualista, assevera a relevância da abordagem consensual, de modo que poderão ser utilizados meios interdisciplinares para contribuir na solução da demanda, fator importante quando se tratarem de casos envolvendo crianças e adolescentes.

Neste sentido, preleciona Maria Helena Diniz (2018, p.543):

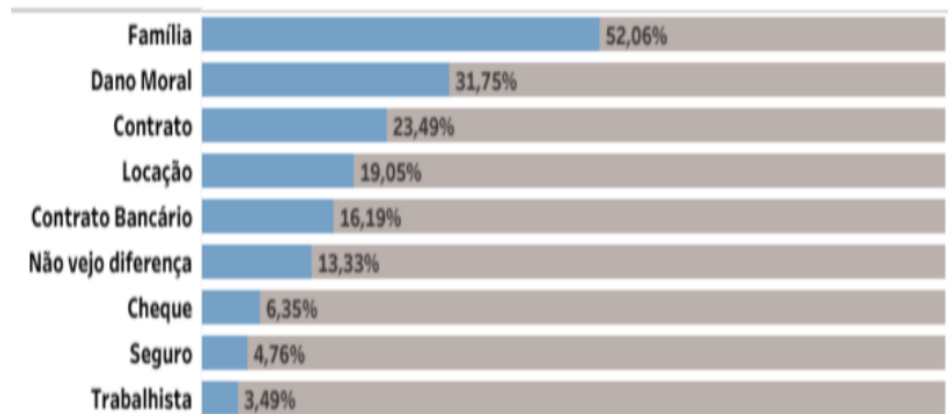
Os conflitos familiares decorrem de uma inadequada comunicação, por isso a mediação familiar tem por escopo primordial estabelecer uma comunicação,

conducente ao conhecimento do outro e à intercompreensão, partindo de explicações, buscando informações e permitindo a intersubjetividade entre os mediados, para que cada um possa entender o que o outro diz ou quer.

Portanto, veja-se que, no âmbito do direito de família, em observância à capacidade de autodeterminação do indivíduo, deve-se possibilitar que as partes obtenham poder de definir os rumos do seu destino. Para tanto, identificado o melhor para si, sem a intervenção de decisão imposta por terceiro.

O Conselho Nacional de Justiça, em pesquisa intitulada “mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes” (2019), concluiu que os processos envolvendo Direito da Família apontam mais chances de serem resolvidos através de acordos de mediação e conciliação, conforme dados levantados pelos pesquisadores, através de questionário realizado:

Imagem 1 – Matéria com mais chance de acordo



Fonte: CNJ, 2019

Como consta na pesquisa supracitada, os realizadores informaram que foram aplicados questionários em determinados Estados, junto a servidores da justiça e advogados, sobre a temática da conciliação e mediação para analisar o entendimento dos avaliados sobre o assunto. Restou verificado que grande parte dos participantes não possuem o conhecimento básico sobre o tema, apresentando despreparo, mas opinam que o direito de família é o que mais apresenta chances de acordo.

Como se sabe, o direito familiar pauta-se cada vez mais em torno da valorização dos critérios afetivos que se apresentam como o alicerce das relações. Por esta razão, é plausível que seja viabilizada maior participação dos indivíduos diretamente afetados e envolvidos na relação, para que tenham total influência no dilema em questão.

Assim, tem-se que:

Ainda que não use a palavra afeto, o princípio da afetividade está consagrado no âmbito da proteção estatal. Pode-se dizer que houve a constitucionalização do afeto, no momento em que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, merecedora da especial tutela do Estado e inserção no sistema jurídico. Como a união estável se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade é o que une e enlaça as pessoas. Ocorreu a constitucionalização para o afeto e realização individual. (CARBONERA *apud* DIAS, 2018, p.75)

Neste sentido, convém abordar a funcionalidade prática da mediação na resolução de conflitos especificamente na seara familiar. Isto, pois, por ser um instrumento que almeja evitar que o litígio seja levado ao extremo de uma ação judicial, se mostra extremamente relevante quanto aos conflitos oriundos das relações familiares, em especial quando envolvem crianças e adolescentes.

De acordo com Lima (2017), o instrumento da mediação é capaz de auxiliar consideravelmente nas demandas de dissolução conjugal. Por ser mecanismo que não busca se atentar aos fatos acontecidos e sim ao intuito de alcançar um ponto de consenso entre os envolvidos, para que consigam dialogar em prol da melhor solução, sem a intervenção do poder judiciário.

Portanto, os conflitos familiares que venham a ser gerados pelo encerramento da relação matrimonial existente, trazem problemas que perpassam a realidade jurídica. Tais problemas, adentram inclusive a ordem psíquica, afetiva e psicológica dos envolvidos, uma vez que, envolvem sentimentos maiores como raiva e ódio. Nesse sentido, essas famílias que passaram por mudança podem ser beneficiados pela mediação, pois esta é eficaz na recuperação dos indivíduos que forem prejudicados pela transformação. (LIMA, 2017)

Nesta senda, a partir da atuação do mediador que proporciona a facilitação do diálogo, viabilizando que os sentimentos dos mediados possam ser enfrentados e compreendidos, permitindo que coloquem suas reflexões, a fim de resgatar as suas responsabilidades e alcançar os verdadeiros sentimentos que motivam suas atitudes e se reconectem com o passado para que consigam projetar o futuro. (TARTUCE, 2018)

Com isso, a mediação demonstra ser o instrumento que busca minimizar o sentimento de perda entre as partes, pois quando submetidas ao litígio judicial, todos tendem a se sentir perdedores, seja de tempo, de custas e principalmente do vínculo existente. De modo que, utilizando-se de meio adequado de solução, ambos podem sentir-se vencedores, ao passo que estão ativamente atuando em prol de suas próprias soluções.

Nesse sentido, observa-se que esse espaço para os conflitos familiares que envolvem crianças e adolescentes, construído em torno da ética, do respeito e autonomia, é a saída para a alienação parental. (CORREIA, 2009)

Ademais, sabe-se que, os conflitos familiares que envolvem crianças e adolescentes devem ser resolvidos causando o menor desgaste possível na relação existente entre os pais e os filhos menores de idade. Com objetivo de preservar a incolumidade da relação pré-existente e promover ambiente saudável para o desenvolvimento desses sujeitos.

Nos tópicos que seguem será melhor esclarecido sobre a mediação familiar como meio adequado de resolução de demandas que envolvem crianças e adolescentes.

4.2 A participação dos filhos menores de idade na resolução de conflito

Inicialmente, importante mencionar que a prática da mediação adotada ao direito de família em prol de crianças e adolescentes, fora discutida na IV Jornada de Estudos do Conselho da Justiça Federal (CJF, 2006), que consolidou o Enunciado nº 335 dispondo que “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”.

A integração de diversos ramos se mostra relevante especialmente quando se trata da metodologia a ser utilizada com as crianças e adolescentes, nas palavras de Digiácomo (2015, p.10):

Como tudo em matéria de infância e juventude, a intervenção destinada a inserir a criança ou adolescente no “processo”²⁹ de mediação deve ser precedida de um “diagnóstico” interprofissional da situação em que está se encontra, de modo a verificar se, dadas as peculiaridades do caso, assim como suas condições pessoais (inclusive sob o prisma “emocional”), é ou não recomendável desencadeá-lo.

Com isso, é notório que o entendimento do ordenamento jurídico brasileiro apresentava, desde então, indícios consolidados em relação à prioridade do método trazido pelos meios alternativos de resolução de conflitos. Aplicando-se também no âmbito do direito familiar, incluindo aqueles que envolvem os menores de idade como parte da relação familiar. Se mostra um grande aliada nos conflitos de dissolução conjugal que possuem filhos menores de idade.

Primordialmente, é necessário mensurar que essas demandas versam sobre os indivíduos em desenvolvimento. De modo que, toda abordagem praticada, deve pautar-se em torno dessa característica, preservando o estágio de desenvolvimento em que se encontram e o

alcance das consequências, sejam positivas ou negativas, a que são submetidas nessa fase. (DIGIACOMO, 2015)

Assim, sabe-se que a dissolução do relacionamento conjugal, com a consequente modificação do núcleo familiar, pode ocasionar mudanças de comportamentos severas nos cônjuges onde, por muitas vezes, um dos envolvidos pode agir de maneira não adequada em relação aos filhos. Apresentando condutas que ocasionam o afastamento de um dos cônjuges, entre outras atitudes.

Coaduna com este entendimento Petrônio Calmon (2019, p.107):

Os objetivos da mediação familiar são: a continuação das relações paternas, para manutenção da estabilidade e significativos relacionamentos do filho com ambos os pais; a responsabilidade conjunta nas decisões a serem tomadas em relação aos filhos; o equilíbrio entre deveres e direitos dos pais junto aos filhos; a comunicação entre os genitores para levarem a diante um projeto educativo compartilhado; a colaboração dos pais na gestão dos filhos; o clima de confiança recíproca que permite manter um nível de respeito recíproco entre os pais.

Portanto, a mediação consegue alcançar a possibilidade de que os cônjuges consigam alinhar-se novamente, sem submeter os filhos ao intenso litígio que pode ocorrer em via judicial. Quando o juiz intervém para impor qual a melhor saída a ser seguida pelos pais, dispondo como estes devem agir com a sua prole, determinando sobre o caso sem ter tanto conhecimento pode ter uma consequência negativa para os filhos. Como os próprios envolvidos, quais sejam os pais, tem maior conhecimento do conflito, se conseguirem utilizar-se da figura do mediador terão mais chances de êxito na resolução.

Ademais, tem-se que o instituto da mediação não se limita à hipótese de conflitos intrafamiliares, mas também outras situações em que esteja envolvida à violação de direitos das crianças e adolescentes, de maneira generalizada, em conformidade com o disposto na Lei nº 13.010/2014, desde que se encontrem preenchidos os requisitos para tanto. (DIGIACOMO, 2015)

O autor Digiácomo (2015), cita como exemplo de utilização da mediação em situações de conflitos que ocorrem no âmbito escolar, que podem envolver alunos e professores, quando não configurarem de gravidade. De modo que a realização ou não da mediação deve sempre pautar-se no melhor interesse do menor que será atendido, buscando preservar a sua intimidade, respeitando sua opinião.

Nota-se que é preciso a análise criteriosa da situação em que a criança ou adolescente encontra-se envolvido, para que seja pontuado se cabem as medidas alternativas, tanto na seara intrafamiliar como extrafamiliar. No mesmo sentido, menciona-se sobre o envolvimento na mediação que envolve os menores de idade, de acordo com Digiácomo (2015, p.10):

A “preparação” para mediação, aliás, deverá ocorrer em todos os casos em que esta seja recomendada, e deverá atingir todos aqueles envolvidos direta ou indiretamente no litígio.

Em relação aos pais ou responsáveis, mesmo em se tratando de conflito extrafamiliar, a preparação deve contemplar tanto a orientação sobre a intervenção propriamente dita, suas etapas e implicações, quanto buscar a “adesão” da família para com o processo, seja para que contribuam de maneira efetiva para apaziguar a situação, seja para acompanhar a criança/adolescente quando da execução das ações e intervenções previstas.

Evidente, outrossim, que a orientação aos pais ou responsáveis, assim como a própria mediação, deverão ocorrer não apenas quando o conflito envolve diretamente a própria criança ou adolescente, mas também quando a atinge (ou ao menos pode atingir) indiretamente, como nos casos de separação em que houver disputa pela guarda dos filhos ou outras situações de conflito ou animosidade no âmbito da família (atingindo, inclusive, integrantes da “família extensa ou ampliada” 14), que podem acarretar sofrimento ou traumas de toda ordem.

Portanto, entende-se que para que a mediação seja plenamente frutífera quando envolver menores de idade, é necessária a participação dos pais, mesmo quando se tratar de conflito existente fora do ambiente familiar. Uma vez que para melhor atendimento é importante a preparação do ambiente em que a criança e adolescente permanece.

Assim, compreende-se que a participação dos filhos, ainda que criança e adolescente, no procedimento da solução consensual do conflito, proporciona que esse sujeito consiga externalizar seus sentimentos interiores. Viabilizando que seja ouvida e se sinta parte do processo, expressando seus anseios e necessidades, buscando e obtendo o apoio essencial.

Ademais, nota-se que para uma criança ou adolescente que se encontram em desenvolvimento nada é mais desfavorável que a imprecisão. Por isso, esses sujeitos se fazem tão importantes na mediação, uma vez que eles fazem parte dessa relação e tem direitos de expressar suas opiniões sobre os impasses dos seus genitores. Garantindo-lhes tratamento digno e respeitoso, bem como a preservação de seus direitos.

4.2.1 Escuta da criança e adolescente no processo familiar

É importante pontuar, que a escuta dos filhos no processo de dissolução conjugal traz a esses indivíduos a oportunidade de expressar seus sentimentos, e compreender a realidade dos fatos. Tornando assim, a separação dos pais um processo de aceitação mais fácil.

A mediação leva para a família, que está em fase de transformação, algumas formas de aceitação. Tornando o processo mais humanizado e fácil, sem falar no sentimento de pertencimento que os filhos terão ao serem ouvidos.

Neste sentido, importante mencionar que jamais a criança ou adolescente deverá ser obrigada ou induzida a participar do processo de mediação contra sua manifesta vontade.

Ainda que necessário a utilização das técnicas de intervenção multidisciplinares para melhor entender o sentimento do menor e buscar orientá-la sobre as vantagens do procedimento de mediação. (DIGIÁCOMO, 2015)

Nota-se que este entendimento se coaduna com os princípios que fundamentam a técnica consensual e também as normas basilares acerca da prevalência do melhor interesse da criança e adolescente, que não podem ser preteridas. Razão pela qual a opinião do menor de idade é extremamente relevante durante todo o caminho percorrido para alcançar o consenso.

De acordo com Digiácomo (2015), a participação da criança e adolescente durante a mediação familiar deve ocorrer em total atenção a sua condição de pessoa em desenvolvimento. Considerando a todo momento seus desejos e opiniões, sobretudo proporcionando que sua participação ativa se manifeste de forma confidencial e em interação com os demais profissionais que integram a rede interdisciplinar do momento da mediação.

Nesta seara, o autor supramencionado afirma que, a escolha do mediador dos casos familiares deve ser realizada pautando-se nas particularidades que cercam o caso, ou seja, considerando que a criança e adolescente necessita de especial atenção e cuidados, assim:

Estas e outras peculiaridades da mediação envolvendo crianças e adolescentes tornam indispensável que os profissionais encarregados de sua execução sejam especialmente qualificados para tanto, não bastando que possuam uma formação acadêmica “genérica” ou mesmo que tenham frequentado cursos de mediação voltados ao atendimento de adultos. (...) de modo que o mediador não apenas saiba como se portar diante de uma criança ou adolescente, evitando colocá-los, ainda que inadvertidamente, em situações vexatórias ou constrangedoras, mas também a ocorrência da chamada “revitimização”, fonte potencial de traumas ainda maiores do que os resultantes do conflito que se pretende mediar. (DIGIACOMO, 2015, p.11)

Portanto, surge o imperativo de que a função do mediador nos conflitos familiares que envolvem esses sujeitos, deve ser executado por profissional capacitado. O qual deve apresentar aptidão para atender as necessidades específicas da criança e do adolescente, para que consiga propiciar um ambiente em que o menor de idade se sinta confortável e seguro para colaborar com a mediação. De modo que, essencialmente profira sua verdadeira opinião, sem medo e sem seguir qualquer influência externa, nem dos seus responsáveis e tampouco do mediador.

Ademais, é essencial e plenamente possível a oitiva das crianças e adolescentes da mediação familiar. Sem falar ao respeito aos direitos que esses sujeitos possuem em serem ouvidos, nos processos em que se discute sua vida: guarda, alimentos.

A participação efetiva dos filhos na mediação é necessária, até mesmo para se alcançar a eficácia do instituto, uma vez que os genitores buscam o melhor para suas proles.

Além de que a oitiva dos mesmos traria elementos importantes para melhor orientação dos pais quanto aos filhos.

Outrossim, o ECA e a CRFB/88, trouxeram garantias a esses sujeitos, como o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, já mencionados em outra oportunidade. E com isso, essas crianças e adolescentes passam a ser sujeitos de direitos e a exclusão delas na participação das audiências é um retrocesso na garantia desses direitos.

Desta maneira, o estudo científico sobre melhor forma de aplicar a oitiva aos filhos nos processos de dissolução conjugal é necessário e urgente. Uma vez que esse assunto carece de legislação específica, e pouca doutrina que aborde o tema que urge por regulamentação.

4.3 Falta de legislação específica sobre a escuta

O direito, teoricamente tem o dever de prever todas as situações fáticas que ele regula, porém, a realidade surge antes da lei. Com isso, podemos entender que fatos se tornarão jurídicos após o acontecimento de algo.

Nesse sentido, o silêncio do legislador enquanto a escuta dos menores de idade na mediação, acontece pela mudança significativa da necessidade de reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes que aconteceu nos últimos anos. Mas infelizmente, a realidade presente na legislação brasileira demonstra caminhar a passos lentos e ainda é omissa quanto a escuta desses vulneráveis nos processos autocompositivos.

Observa-se que o Código de Processo Civil de 2015, de vigência atual, nada diz. Caminhando nesse mesmo sentido a Lei de Mediação 12.318/10 também não se manifesta. Assim como a Resolução 125/2010 do CNJ apresenta silêncio absoluto.

Contudo, a importância da participação da criança e do adolescente na mediação já foi exaltada, bem como a relevância disso na vida delas. Resta saber então, por que isso ainda não é uma prática na justiça brasileira.

Nesse sentido, Correia (2009, p. 36) afirma que “A oitiva desses indivíduos não se trata propriamente de um direito, visto a falta de legislação específica que obrigue um juiz a escuta-los”. Contudo, após a doutrina da proteção integral e do ECA, a participação desses sujeitos tem se tornado cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Podendo-se afirmar que é importante a escuta da criança e do adolescente na mediação familiar, com fulcro em todos os direitos inerentes desses indivíduos, já demonstrados anteriormente. Contudo, podemos pontuar que a falta de legislação específica não é justificativa para deixar que esses vulneráveis fiquem à mercê disso, padecendo da omissão do legislador.

Ademais, a justiça não pode usar a falta de legislação como prerrogativa para deixar de reconhecer a existência de direitos.

Nesses casos, o magistrado, como autoridade competente para aplicação da norma, tem o condão de suprir a ausência de lei específica em cada caso específico. Ou seja, a lacuna precisa ser preenchida pelo juiz, não podendo alegar a falta de norma para não assegurar direitos.

Nesse contexto, o magistrado pode determinar a participação da criança e do adolescente na mediação familiar, com fulcro nos princípios e direitos reconhecidos desses sujeitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral desta monografia consistiu em buscar na legislação e doutrina vigente, o reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes na participação do instituto da mediação familiar, diante da lacuna normativa, tendo em vista a omissão do legislador. Assim, constatou-se que, por meio da análise jurídica, legislações existentes e doutrinas no Brasil, é possível, tendo em vista que as crianças e adolescentes são reconhecidas como sujeitos de direitos.

Para comprovar, analisou-se a Doutrina da Proteção Integral, concebida na Carta Magna, em seu artigo 227º, assim como no Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual prevê direitos fundamentais de reconhecimento desses vulneráveis como sujeitos possuidores de direitos. Portanto, a lacuna existente na lei, não pode ser maior que os princípios de proteção que permeiam todo o ordenamento jurídico, garantindo a essas vítimas a oportunidade legítima de participação dos processos autocompositivos, como mediação.

Com relação aos objetivos específicos, buscou-se compreender o instituto da mediação familiar em sua completude. Também, estudar a Doutrina da Proteção Integral no Brasil e seus reflexos na legislação brasileira desde sua origem até a atualidade, bem como analisar a possível aplicação dessa doutrina para garantir a participação das crianças e adolescentes na mediação familiar. Sendo assim, esta monografia cumpriu todos os objetivos para os quais se comprometeu.

Dado isso, a pergunta principal baseou-se nas consequências vividas pelas crianças e adolescentes na exclusão a mediação nos conflitos familiares, perante a inobservância a direitos fundamentais. Assim, a hipótese firmada no início desta monografia foi confirmada, uma vez que a participação delas na mediação, garante o cumprimento de seus direitos perante as normas vigentes no ordenamento brasileiro, como princípios constitucionais (Doutrina da Proteção Integral). Pois, como visto no Brasil, esses indivíduos são reconhecidos como sujeitos de direitos, ficando evidente que a falta de legislação específica, não é suficiente para excluí-los da mediação familiar.

À vista disso, tendo por base a mutabilidade do Direito, que precisa acompanhar as necessidades da sociedade para a qual ele é aplicado, conjuntamente às os princípios basilares de todo ordenamento jurídico, bem como a soberania dos direitos fundamentais e o reconhecimento de todo indivíduo como sujeito de direito, observou-se que a criação normativa é possível e necessária, com base em princípios constitucionais e na Proteção Integral prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse seguimento, esta monografia respaldou-se em diversos autores e legislações que apresentaram posicionamentos semelhantes sobre a problemática proposta por esta pesquisa, sobretudo, quanto à necessidade de previsão legal específica que abarque as crianças e adolescentes na mediação familiar.

Ainda, saliente-se a relevância jurídica e social desta temática, uma vez que se trata de uma discussão atual e uma lacuna jurídica que precisa ser sanada, uma vez que há consequências negativas àqueles que dela dependem. Além disso, essa pesquisa ainda se encontra em estágio incipiente; para investigações futuras acerca deste tema, pode ser estudado um número maior de autores que abordam como a seara internacional está lidando com esse assunto, bem como tomar como exemplo alguns países em que a escuta desses indivíduos já acontece. Pois, desse modo, aplicando o direito comparado, será mais fácil abordar as possíveis soluções para a demanda no Brasil, bem como seus impactos.

Contudo, anseia-se que essa pesquisa forneça elementos substanciais que contribua para o entendimento do problema, principalmente no âmbito de atuação do direito brasileiro; servindo também como fonte de pesquisas para trabalhos acadêmicos.

Portanto, com o objetivo de incluir as crianças e adolescentes no instituto da mediação familiar, vislumbra-se, como alternativa, a criação de legislação específica com fulcro na doutrina da proteção integral, mas para uma solução imediata, que seja aplicada como fundamento da inclusão desses indivíduos, o artigo 227º da CF/88, a fim de que esses sujeitos não tenham seus direitos suprimidos e fiquem desassistidos.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Andre Gomma de.** 1. Resolução apropriada de disputas 2. Mediação Judicial 3. Mediação 4. Políticas Públicas em Resolução de Disputas. In: Manual de Mediação Judicial, 2016. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em maio 2021.
- BARBOSA, Águida Arruda. **GUARDA COMPARTILHADA E MEDIAÇÃO FAMILIAR - UMA PARCERIA NECESSÁRIA.** São Paulo, 2014. Disponível em:< <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Aguida-Arruda-Barbosa-Guarda-Compartilhada-e-mediação-familiar-parceria.pdf>>. Acesso em agosto 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: câmara dos deputados: Edições Câmara, 2018.
- BRASIL. **Emenda Constitucional n° 66**, de 13 de julho de 2010. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em março de 2021.
- BRASIL. **Lei n° 8.069**, de 13 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em fevereiro de 2021.
- BRASIL. **Lei n° 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em março de 2021.
- BRASIL. **Lei n° 13.105**, de 16 março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em março de 2021.
- BRASIL. **Lei n°13.149**, de 26 de junho de 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em abril de 2021.
- BRASIL. **Lei n° 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em abril de 2021.
- BRASUL. Supremo Tribunal Federal – RJ. ARE 1266095 RJ 0490011-84.2013.4.02.5101/RJ. Relator: DIAS TOFFOLI. **Diário de Justiça Eletrônica**, Brasília, 25 de fev. 2021. Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1171254366/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1266095-rj-0490011-8420134025101>>. Acesso em maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça –MG. Apelação Cível 10210110071441003/MG. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. 4ª Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônica**, Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/216625272/apelacao-civel-ac-10210110071441003-mg/inteiro-teor-216625373>>. Acesso em maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça – MG. Apelação Cível 10106150010093001/MG. Relator: Alice Birchal. 7ª Câmara Cível. **Diário de Justiça Eletrônica**, Brasília, 27 mar. 2021. Disponível em:< <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443281805/apelacao-civel-ac-10106150010093001-mg>>. Acesso em maio de 2021.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CNJ, 2019. **Conflitos familiares são os mais suscetíveis a acordos, aponta pesquisa**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/conflitos-familiares-sao-os-mais-suscetiveis-a-acordos-aponta-pesquisa/>>. Acesso em maio de 2021.

CNJ, 2019. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente jurimetria para proposição de ações eficientes**. Disponível em:<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/d87ecfa91fdcada3c1795f522be42dcc_7772666f491fd94a642e05b394cff84a.pdf>. Acesso em maio de 2021.

Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**: De acordo com a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10. 2016.

CORREIA, Valdir Rora. **ESCUA DA CRIANÇA NA MEDIAÇÃO FAMILIAR**. 2009. 126 folhas. Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça. Disponível em: <<file:///C:/Users/USER/Desktop/Escuta%20da%20crianca%20na%20media%C3%A7%C3%A3o%20familiar.pdf>>. Acesso em novembro de 2020.

DIAS, Alexandre. MAEMURA, Marcia Mitie Durante. **Mediação e resolução de conflitos**. Ed. SESES. Rio de Janeiro, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5: Direito de Família**. 32 ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2018.

DIGIACOMO, Murillo José. **A mediação e o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil**: construindo alternativas para a desjudicialização do atendimento. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação, 2015. Disponível em:<<http://www.crianca.mppr.mp.br/>>. Acesso em maio de 2021.

FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil**. coord. Pedro Lenza. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JESUS, Antonio Marcos da Silva de. **A confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do Ministério Público**: uma abordagem analítico-comportamental do Direito. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 105-130, jul./set. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p105>. Acesso em maio de 2021.

LIMA, Lara da Rocha Martins. **A mediação no direito de família**. Monografia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-monografia-lara-da-rochamartins-de-lima>>. Acesso em abril de 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Alienação parental**: importância da detecção: aspectos legais e processuais. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Técnicas de Mediação de Conflitos e Técnica da Reformulação**: novo paradigma e nova formação para os profissionais do Direito. In Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 21 - n. 3 – set dez 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/9687/5438>>. Acesso em maio de 2021.

SCAVONE Junior, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA, Antonio Donizete Evangelista de. **Manual de mediação e conciliação**: Eficaz para soluções e acordos. São Paulo. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. volume único. 11 ed. Rio de Janeiro: METODO, 2021.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.