

**DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”**

O PAPEL DO NOTÁRIO NA MEDIAÇÃO FAMILIAR
Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Roberta Alexandra Rolim Markan

Orientador: Professor Doutor Rubèn Bahamonde

Número do candidato: 30000269

**Julho de 2021
Lisboa**

AGRADECIMENTOS

Sou grata aos meu pais, Francisco Paulo Silva e Alexandra Jackeline Moura Rolim Silva, pelo apoio incondicional em todos os meus projetos de vida o que inclui este mestrado.

Dedico ainda ao meu marido, Daniel Menezes Markan, por todo incentivo, compreensão, paciência, cumplicidade e amor.

Aos meus filhos, Lara e Daniel, minha maior riqueza, por toda compreensão nos momentos de ausência. São eles que me motivam todos os dias e dão o verdadeiro sentido à minha vida.

Agradeço à Deus pelo dom da vida e por todas as bênçãos derramadas sobre mim.

Agradeço ainda, ao meu orientador Professor Ruben Bahamonde, por sua atenção, ajuda e por colaborar com este trabalho.

Por fim, agradeço à Universidade Autónoma de Lisboa pela oportunidade e por me abrir novos horizontes e oportunidades, bem como pelo intercâmbio de conhecimento, culturas e amigos.

PALAVRAS SÃO JANELAS (OU SÃO PAREDES)

Sinto-me tão condenada por suas palavras,
Tão julgada e dispensada.
Antes de ir, preciso saber:
Foi isso que você quis dizer?
Antes que eu me levante em minha defesa,
Antes que eu fale com mágoa ou medo,
Antes que eu erga aquela muralha de palavras,
Responda: eu realmente ouvi isso?
Palavras são janelas ou são paredes.
Elas nos condenam ou nos libertam.
Quando eu falar e quando eu ouvir,
Que a luz do amor brilhe através de mim.
Há coisas que preciso dizer,
Coisas que significam muito para mim.
Se minhas palavras não forem claras,
Você me ajudará a me libertar?
Se pareci menosprezar você,
Se você sentiu que não me importei,
Tente escutar por entre as minhas palavras
Os sentimentos que compartilhamos.

(Ruth Bebermeyer)

RESUMO

A família tem passado, desde seu primeiro registo na história, por um processo evolutivo que acompanha a evolução da humanidade. Com essa evolução, a característica inicial, de família tradicional composta por pai e mãe, unidos por casamento ou união estável e que vivem com os filhos, cedeu espaço para a coexistência com outros modelos familiares, e diante desse cenário, surgiram inúmeros novos conflitos, os quais necessitam de atenção especial para sua resolução. Dentre esses conflitos, a separação é um dos momentos de crise mais difíceis para os componentes da família, principalmente quando há crianças envolvidas e é neste aspecto que esta investigação se revela de grande importância, pois verificar-se-á a aplicação do instituto da mediação familiar como forma eficaz para a resolução de conflitos envolvendo as crianças. Para tanto, pretende-se investigar os principais aspectos causadores dos conflitos familiares, tais como a separação dos pais, alienação parental e guarda compartilhada. Neste âmbito, será analisada a importância da mediação familiar extrajudicial na resolução de litígios em casos de divórcios abrangendo crianças e adolescentes, sugerindo soluções para os principais problemas considerados nesta pesquisa.

Palavras-chave: Divórcio. Mediação. Mediação Familiar. Notariado.

ABSTRACT

The family has undergone, since its first record in history, an evolutionary process that follows the evolution of humanity. With this evolution, the initial characteristic, of a traditional family composed of father and mother, united by marriage or stable union and living with their children, gave way to the coexistence of other family models, and in view of this scenario, innumerable new conflicts arose, which need special attention for their resolution. Among these conflicts, separation is one of the most difficult moments of crisis for family members, especially when children are involved and it is in this aspect that this investigation proves to be of great importance, as the application of the mediation institute will be verified. family as an effective way to resolve conflicts involving children. To this end, it is intended to investigate the main causes of family conflicts, such as separation from parents, parental alienation and shared custody. In this context, the importance of extrajudicial family mediation in the resolution of disputes in cases of divorces covering children and teenagers will be analyzed, suggesting solutions to the main problems considered in this research.

Keywords: Divorce. Mediation. Family Mediation. Notary.

SUMÁRIO

RESUMO	3
ABSTRACT	4
INTRODUÇÃO	6
1. DO DIVÓRCIO	12
1.1 Evolução Histórica	15
1.1.1 Evolução do regime jurídico em Portugal	17
1.1.2 Evolução histórica no Brasil.....	20
1.2 A Responsabilidade Parental	24
1.2.1 Alienação Parental e a Guarda Compartilhada.....	31
1.3 Do Divórcio em Portugal	35
1.3.1 A Lei nº 61/2008 e a abolição do divórcio com culpa.....	36
1.3.2 Modalidades do divórcio	38
1.3.3 Divórcio na via administrativa	39
1.4 Do Divórcio no Brasil	40
1.4.1 Emenda Constitucional nº 66	41
1.4.2 Divórcio extrajudicial – Lei nº 11.441/07	43
2. DA MEDIAÇÃO	46
2.1 Aspectos gerais.....	47
2.2 Histórico	53
2.3 Comparativo entre a mediação no Brasil e em Portugal	57
2.4 A mediação familiar	62
3 A MEDIAÇÃO NOS NOTARIADOS	70
3.1 Notariado português <i>versus</i> notariado brasileiro	71
3.2 O notário como mediador	73
3.3 O acordo	82
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	89
BIBLIOGRAFIAS	92
ANEXO I	100
ANEXO II	108

INTRODUÇÃO

A família, ao longo da história, tem sido presente em todas as relações da sociedade, independentemente do modelo de família visto como normal no momento, dos seus valores e características, sendo influenciada pelos costumes da época, e sendo alvo de inúmeras evoluções e mudanças com o passar do tempo.

Com essa presença e evolução constantes, é possível observar que as pessoas também mudaram, não possuindo mais os mesmos posicionamentos que possuíam no passado, o mesmo podendo ser dito a respeito de seus princípios e valores.

Alguns dos motivos para essa mudança nos valores, que teriam dado espaço para o crescimento do número de divórcios, foram apontados como sendo a mudança na posição social das mulheres, o crescente protagonismo feminino em nossas sociedades e, em decorrência dele, o crescimento da presença feminina no mercado de trabalho e a revolução sexual¹.

Antes da regulamentação do divórcio, em 1977, não era legalmente permitido postular um novo casamento, ainda que os recasamentos acontecessem até mesmo antes que a lei fosse regulamentada. Entretanto, estes não eram reconhecidos nem socialmente aceitos, o que fazia com que o assunto fosse tratado de forma velada entre as famílias, como lembram Cano *et al*².

Sendo assim, a modificação da lei permitiu que a família, nos últimos tempos, deixasse de ser reconhecida exclusivamente em função de certas características pelas quais foi identificada durante anos, como a sua formação, por exemplo, e passasse a ter o seu reconhecimento baseado em outros atributos, como o afeto.

A tradicional família nuclear composta por pai, mãe e filhos que vivem todos juntos deu espaço a outros tipos de família, como por exemplo, a família monoparental, na qual os filhos vivem apenas com um dos pais; a família recomposta, em que o pai ou a mãe voltam a se casar com outra pessoa; a família binuclear, formada pelos dois lares das pessoas que se divorciaram e tiveram filhos. Estes são apenas alguns exemplos e não esgotam os diversos tipos de família que se desenvolveram na sociedade e que são vistos com frequência nos dias atuais.

Não é possível apontar um motivo específico para essa evolução da família, mas é

¹ TORRES, Anália Cardoso. **Divórcio em Portugal, ditos e interditos: uma análise sociológica.** p.6.

² CANO, Débora Staub *et al.* **As transições familiares do divórcio ao recasamento no contexto brasileiro.** p. 214.

fácil de se observar que dia após dia aumentam as uniões de facto, crescendo também ainda o número de crianças nascidas fora do casamento, e como motivos para essa realidade podem ser apontadas a crescente presença feminina no mercado de trabalho e na tomada de decisões financeiras, o menor índice de mortalidade humana derivado da evolução tecnológica e médica, entre outros.

Além desses motivos, também citam-se as causas do divórcio e o propósito principal do casamento, que também foram responsáveis pelo atual quadro no qual o direito de família se encontra, pois antes só era permitido o divórcio em casos como o adultério, a alteração das faculdades mentais e a extrema crueldade praticada por um dos cônjuges contra o outro, tornando impossível a convivência conjugal.

De acordo com a Lei vigente até 1977, no Brasil, para que um casal pudesse divorciar-se era necessário que se passasse um ano do trânsito em julgado da sentença que houvesse decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos ou ainda que se aguardasse até que houvesse transcorrido mais de dois anos da separação de facto dos cônjuges.

Tanto tempo de espera não é mais necessário, pois com o advento da Emenda Constitucional n.º 66/10, tornou-se possível que um casamento seja dissolvido rapidamente, até mesmo minutos depois de sua celebração, e essa facilidade para que o casamento seja desfeito caso os cônjuges mudem de ideia vem crescendo paulatinamente.

Essas mudanças ensejaram modificações também no direito de família, cuja atenção principal antes estava direcionada para os interesses do adulto, sendo que ultimamente a criança passou a ser o centro das atenções, o que consagra o princípio do superior interesse da criança e do adolescente reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças.

Diante de tantas mudanças e evoluções, bem definiu Flávio Tartuce: “A sociedade muda, a família se altera, e o Direito deve acompanhar essas transformações”.³

Essa evolução constante no conceito de família, dificulta a sua definição legal, entretanto o caráter institucional da família é inegável, pois segundo antropólogos e sociólogos, a família é a única instituição social cuja presença pode ser verificada em todas as civilizações conhecidas, sempre desempenhando seu papel de forma a facilitar a socialização dos seus componentes⁴, e a institucionalidade da família encontra-se assegurada tanto pela

³ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. p. 1234.

⁴ CRUZ, Rossana Martingo – **Mediação familiar, limites materiais dos acordos e o seu controle pelas autoridades**. p.49.

Constituição da República Portuguesa, como pela Constituição Federal Brasileira de 1988, assim como pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Na Constituição da República Portuguesa alguns dispositivos asseguram a institucionalidade da família, como o artigo 67.º que expressa: “A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”⁵.

Na Constituição Federal Brasileira, o artigo 226 traz em seu corpo o seguinte texto: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”⁶. Corroborando com esse raciocínio, a Declaração Universal dos Direitos do Homem em cujo artigo 16.º, n.º 3, expõe: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção desta e do Estado”⁷.

Actualmente, nas duas Constituições, tanto na portuguesa como na brasileira é garantida a admissibilidade de divórcio, não dependendo de qual a forma de casamento contraído.

Ora, sabe-se que a velocidade com que se apresentam novas acções na justiça é bem maior do que a velocidade hábil para solucioná-las e, sendo o divórcio facilitado (em relação ao que era nos anos 70), pode-se acreditar que a probabilidade desses processos judiciais ficarem acumulados por bastante tempo tenderia a aumentar cada vez mais, causando o aumento da sobrecarga no sistema judiciário.

Uma alternativa viável para se resolver esse problema, encontra-se na utilização de estruturas que já possuam funções afins e que já sejam consolidadas em suas funções, como os serviços notariais e de registo, que podem auxiliar grandemente em processos judiciais e que têm a possibilidade de agregar novas funções às que já são suas, como as vias alternativas para resolução de conflitos.

Nesse sentido, além da experiência brasileira com escrituras públicas de divórcios, separações, partilhas de bens e inventários, outros países já trilharam esse caminho, como Portugal e Espanha, cujas experiências exitosas nesse sentido servem como bom exemplo na desjudicialização através de parcerias com Cartórios de Notas.

Da mesma forma, é possível afirmar, sem perigo de se incidir em erro, que a desjudicialização é uma tendência cuja opção pelos notários se mostra segura e confiável e pode contribuir grandemente na redução do volume de processos judiciais, melhorando os

⁵ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 4.ª ed. Coimbra: Almedina.

⁶ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro - **Diário Oficial da União**.

⁷ UNICEF - **Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 10 de dezembro de 1948**.

índices de acesso à justiça.

A utilização das estruturas dos Cartórios de Notas, na promoção da resolução de situações conflituosas através da mediação, apresenta-se como uma alternativa viável e segura para a solução de conflitos, facilitando a todos o acesso à justiça.

Na verdade, a busca para a resolução de conflitos fora do âmbito dos tribunais mostra-se benéfica inclusive, para o fortalecimento do poder judiciário e do poder do Estado, à medida em que o moderniza e o torna mais democrático e ágil. Dessa forma a mediação, assim como a conciliação, são ferramentas de apoio ao judiciário, facilitando mais celeridade, informalidade e eficiência no acesso à justiça.

A separação é um dos momentos de crise mais difíceis para os componentes da família, principalmente quando há crianças envolvidas nos conflitos dos pais. Nesse contexto, apresenta-se a mediação familiar em tabelionatos como um meio para facilitar a solução dos conflitos existentes, pois além de ser um meio mais rápido e econômico em termos financeiros, também o é em relação ao desgaste emocional dos cônjuges, desgaste esse que se mostra seguramente diminuído se comparado aos meios judiciais, quando a mediação não é utilizada.

Como chamam à atenção Lopes e Patrão,⁸ é comum ver-se denominar a mediação como “meio alternativo de resolução de litígios”, como “RAL – resolução alternativa de litígios por influência do termo norte-americano “ADR – *Alternative Dispute Resolution*”, e no entanto, o uso do termo *alternativo* pode dar margem a interpretações errôneas, como se houvesse a intenção de se substituir a via judicial, o que não é a real dimensão desse mecanismo.

A mediação se baseia no princípio da voluntariedade, e como tal, se configura em um meio de solução que busca resolver as situações conflituosas antes de se buscar o concurso do judiciário. Ou seja, não se trata de simplesmente optar entre um e outro, mas de se esgotar as possibilidades de resolver o conflito antes de levá-lo para um outro patamar, mais lento e mais custoso.

Há também que se considerar a forma de composição dos litígios: a autocomposição e a heterocomposição: na primeira, a solução depende apenas da vontade das partes, ainda que necessite de auxílio, seja da mediação, da conciliação ou mesmo da transação judicial. Já na segunda, a vontade das partes não influi em nada, necessitando da intervenção de um terceiro imparcial para solucionar o caso, como na arbitragem ou as instâncias judiciais.

⁸ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – **Lei da mediação comentada**. p.10.

É importante, inicialmente distinguir-se litígio de conflito, uma vez que esses dois termos possuem conotações diferentes no que se refere aos aspectos processuais, embora estejam ligados entre si.

A grosso modo, o litígio é apenas um aspecto do conflito, este último sendo bem mais abrangente, pois um litígio pode ser decidido por uma regra, independentemente se for imposta por um terceiro ou se for fruto de um acordo entre as partes, o que implica em dizer que é possível resolver um litígio, sem que se resolva o conflito ligado a ele.

Apesar dessas distinções, neste trabalho decidiu-se utilizar as expressões para as quais foi chamada a atenção, em virtude de já serem largamente usadas no meio jurídico, apesar da carência de acurácia e rigor em relação aos seus significados.

A esse respeito, pronuncia-se Barbosa⁹, ao recordar que a mediação, especialmente a mediação familiar, faz parte do programa da UNESCO por seu conteúdo estar completamente de acordo com o que é considerado uma “Cultura de Paz”¹⁰.

O conceito de Cultura de Paz encontra-se inserido em um projeto de mesmo nome, cujos objectivos incluem o estudo e a implantação de meios que possam contribuir para a disseminação da ideia que cada pessoa é co-responsável pela paz mundial.

Tendo como premissa o conceito da responsabilidade individual na construção da paz entre as pessoas, essa pesquisa pretende investigar os principais aspectos causadores dos conflitos familiares, tais como a separação dos pais, alienação parental e guarda compartilhada.

A importância de se estudar mais aprofundadamente esse assunto se dá em virtude da crescente utilização da mediação em nível mundial, como método para resolução de forma consensual de disputas e litígios.

Neste trabalho será analisado como a mediação pode contribuir para o futuro das crianças envolvidas nesses litígios, comparando as legislações entre Brasil e Portugal e as soluções encontradas por esse último para os principais problemas considerados nesta pesquisa.

Ainda busca discorrer sobre a mediação familiar em situações onde há a presença de crianças e adolescentes, como ocorre nas conservatórias de Portugal, apontando as diferenças

⁹ BARBOSA, Águida Arruda - **História da mediação familiar no direito de família comparado e tendências**. p.5.

¹⁰ O estudo da mediação, em todos os campos de atuação, mas, em especial, a mediação familiar, em virtude de sua complexidade, integra o programa da UNESCO, pois, é incontestável o seu conteúdo de “Cultura de Paz”. *Op.Cit.*

entre a legislação do Brasil e a de Portugal e sugerindo pontos em que o exemplo português pode servir como modelo para a evolução da legislação brasileira.

Para atender ao seu propósito, esse trabalho está dividido em três capítulos:

No primeiro capítulo será visto o Divórcio, sua evolução histórica no Brasil e Portugal, definição e requisitos, e será feita uma abordagem sobre a questão da responsabilidade parental e uma breve comparação entre o divórcio brasileiro e o português.

No segundo capítulo será abordada o instituto da mediação familiar, seu histórico, conceito, características e princípios, de forma a permitir ao leitor uma melhor compreensão sobre o tema, bem como um comparativo entre a mediação no Brasil e em Portugal.

Já no terceiro capítulo, será aprofundada a questão da mediação nos tabelionatos, onde será feito um comparativo entre o regime do notariado português e brasileiro. Far-se-á ainda uma análise do notário como mediador, bem como dos aspectos do acordo na mediação

O método que se utilizará na investigação e composição dessa dissertação será o dedutivo, utilizando-se os métodos de procedimento histórico e comparativo, e a técnica a ser empregada será a pesquisa documental e pesquisa bibliográfica de obras literárias especializadas em Direito, como monografias, teses, dissertações, artigos, acórdãos de Tribunais, leis e atos normativos dentre outros, tanto em meios físicos como em meios digitais.

Ver-se-á no decorrer deste estudo os benefícios e o impacto da mediação na vida do filho menor de idade na ocasião de um conflito conjugal. Assim, na investigação, será feita uma análise do direito comparado, pontuando as repercussões e influências das respectivas normas na vida dos cônjuges e, especialmente, dos filhos menores de idade.

1. DO DIVÓRCIO

O termo divórcio é derivado do latim *divortium*, que significa separação. Esta palavra, por sua vez, é derivada de *divertere*, que tem o significado de "tomar caminhos opostos, afastar-se"¹¹.

Como recordam Oliveira e Crepaldi¹², o divórcio, por ser uma mudança na vida de todos os componentes no núcleo familiar, exige uma reorganização em todas as suas dimensões, seja estrutural, social, emocional ou processual.

De fato, como recorda Fialho¹³, o casamento deve ser, para ambos os cônjuges, uma forma de levar ao alcance da realização pessoal, proporcionando a ambos a igualdade de direitos e deveres, tendo o afeto como a base do relacionamento e contando com o apoio mútuo na educação e crescimento dos filhos que desse relacionamento viessem.

Entretanto, nem sempre esse é o caminho que as coisas tomam, então, ao se findarem os afetos, a parte insatisfeita tem o direito de colocar um fim na fonte dessa insatisfação, pedindo o divórcio. Assim, o bem-estar do indivíduo vem antes do bem-estar coletivo, no caso o familiar, e tendo essa visão como ponto de partida, assume-se que uma pessoa não pode estar casada sem que essa seja a sua vontade, e se o cônjuge concluir que no seu casamento não mais oferece os meios para a manutenção do seu bem-estar, este tem o direito de buscar o fim da relação conjugal, ainda que o outro cônjuge não esteja de acordo, segundo recorda Fialho¹⁴.

É comum que se encontre em publicações não acadêmicas abordagens sobre a questão do divórcio e o êxito na decisão, tendo com argumento o fato de que a infelicidade no casamento acarreta famílias infelizes e portanto, crianças infelizes, ou que pais mais felizes após a separação serão responsáveis por crianças mais felizes, uma vez que estas não estariam convivendo constantemente com os conflitos vivenciados pelos pais.

Entretanto, estudo de Brito¹⁵ se opõe a essa afirmativa, pois considera que o rompimento do laço conjugal pode impor experiências diferentes para os pais e para os filhos, não sendo possível analisá-los de uma forma única para pessoas diferentes, com suas características e personalidades únicas.

O divórcio é responsável por uma profunda transformação na família, uma vez que

¹¹ CANO, Débora Staub *et al.* Op. Cit. p. 214-222.

¹² OLIVEIRA, Joyce Lúcia Abreu Pereira; CREPALDI, Maria Aparecida - **Relação entre o pai e os filhos após o divórcio: revisão integrativa da literatura.**

¹³ FIALHO, Antônio José - **Guia prático do divórcio e das responsabilidades parentais.** p.6.

¹⁴ *Idem - Ibidem*

¹⁵ BRITO, Leila Maria Torraca de - **Família pós-divórcio: a visão dos filhos.**

este não acaba com essa instituição, mas a altera ao desmanchar a conjugalidade, ou seja, o divórcio não finda com a família, mas dá a ela uma nova roupagem¹⁶, o mesmo ocorrendo quando o tribunal ou a conservatória do registro civil decretam a dissolução do casamento, verificando-se uma completa ruptura da relação conjugal.

No Brasil, conforme recordam Tomiazi e Gomes¹⁷, apenas em 1977 o Estado passou a aceitar o divórcio, e mesmo sabendo-se que o Estado e a igreja já não se encontravam vinculados desde 1891, a Igreja Católica ainda dispunha de forte influência sobre o Estado, fato que pode ser comprovado pelo texto Constitucional de 1934, que reconhecia o casamento civil, mas proibia terminantemente o divórcio.

Como analisam Cano *et al*¹⁸, os divórcios apresentaram um crescimento na sociedade contemporânea, o que significa (ao contrário do que se possa julgar, inicialmente) uma crescente valorização à instituição do casamento, enquanto espaço de concretização da felicidade de cada um, uma vez que ao constatar que seu matrimônio não está correspondendo às suas expectativas, o casal procura pelo divórcio, numa clara busca às melhores condições de vida, onde se sintam mais respeitados em sua forma de ser e estar e eventualmente, até pelas que podem ser proporcionadas por um novo casamento.

Nesse sentido, Torres¹⁹ concorda:

[...] as pessoas divorciam-se mais do que no passado porque casam de “outra maneira” com outros valores. Valores que enfatizam mais os laços interpessoais do que a dimensão institucional do casamento. E é exactamente porque se tende a valorizar desta forma a relação conjugal que se aceita cada vez mais o divórcio. Assim, atribuir muita importância ao casamento, entendido enquanto relação satisfatória, e tolerar a ruptura conjugal constituem as duas faces da mesma moeda e correspondem aos valores contemporâneos sobre o casamento. Rejeitados, neste movimento, são os valores tradicionais. Não, com certeza, a ideia de conjugalidade e muito menos a de família. (TORRES, 1996, p.7)

Gagliano aponta o acontecimento de mudanças profundas na noção de família desde a segunda metade do século XX, às quais atribui a responsabilidade por grandes alterações no que se convencionava chamar de família tradicional (formada pelo casamento, juntamente com os filhos), passando a ser cada vez mais comum a existência de famílias recombina-

¹⁶ CANO, Débora Staub *et al.* *Op. Cit.* p. 215.

¹⁷ TOMIAZI, Roberta; GOMES, Francisco José Dias - **Evolução histórica do divórcio no Brasil.**

¹⁸ “Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 2007) mostram que os números de divórcio e separações ocorridos no Brasil, entre os anos de 1993 e 2003, cresceram 44% e 17,8%, respectivamente. Já no período entre 2004 e 2005, as separações judiciais aumentaram 7,4%, mantendo um crescimento gradativo. Destaca-se que os números do IBGE não incluem as uniões e as dissoluções consensuais, mas, a partir deles, é possível pressupor que, se fossem considerados os dados extraoficiais, as estatísticas seriam ainda maiores. Tendo em conta esses dados e o contexto sócio-histórico atual do segundo milênio, o divórcio tornou-se evidente, razão pela qual surge a necessidade de mais pesquisas nacionais sobre o tema para subsidiar uma reflexão contextualizada à realidade brasileira”. *Op. Cit.*

¹⁹ TORRES, Anália Cardoso - **Divórcio em Portugal, ditos e interditos – uma análise sociológica.**p.7.

novas núpcias de um dos cônjuges, ou mesmo de ambos²⁰.

Esse fato chama a atenção para um novo aspecto do prisma jurídico, quando se passa a considerar o afecto como parte fundamental da composição das famílias, o que se vê como decorrente da crescente e constante valorização da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, pode-se observar na atualidade a existência de vários modelos de família que são bem diferentes dos que se viam há poucas décadas, como a família monoparental; a família recomposta; e a família binuclear, entre outras.

É importante salientar que os modelos citados acima são apenas alguns exemplos e que estes não esgotam os diversos tipos de família criados pela transformação e evolução da sociedade, assim como é necessário lembrar também que são muitas as circunstâncias que motivaram todas essas alterações no modelo de família.

A sociedade ainda possui aquela ideia de casamento perfeito, segundo Tomiazi e Gomes²¹, mas esse ideal não costuma considerar a dimensão pessoal de cada um, baseando-se mais em normas do que em sentimentos. Os autores também pontuam que por outro lado, pode-se observar que as pessoas actualmente, estão mais empenhadas na busca de sua felicidade que na adequação a padrões estabelecidos socialmente.

As uniões de facto aumentam dia a dia, da mesma forma que cresce o número de crianças que nascem sem que os pais sejam casados, seja no civil, seja no religioso. Por outro lado, alterações como as causas do divórcio e o propósito principal do casamento também foram responsáveis pelo atual quadro no qual o direito de família se encontra.

Tal não significa que as sociedades estejam dando ênfase a uma política de banalização do casamento, o que ocorre é que a menor burocracia na dissolução de um casamento vai facilitar a formação de outros arranjos familiares, na dimensão da felicidade de cada indivíduo, pois não se justifica a manutenção de um laço matrimonial onde já não há felicidade ou amor entre os cônjuges, como recorda Gagliano²².

Artigo de Cano *et al*²³ indicou um crescimento no número de divórcios requeridos por homens, evidenciando um possível maior interesse destes no recasamento, uma vez que houve também um crescimento no número de homens divorciados se casando novamente. Também relata que as mulheres são a maioria, no que se refere à responsabilidade de pedirem o divórcio e mesmo sendo delas a maioria das decisões no sentido de buscarem novas oportunidades de vida conjugal, também são elas quem normalmente buscam o diálogo, como

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze - **A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões**. p.2-3.

²¹ *Op. Cit.*

²² *Op. Cit.* p .3 - 4.

²³ *Idem.*

alternativa para o relacionamento.

O mesmo artigo aborda a questão da expectativa nutrida por homens e mulheres em relação ao casamento, que se dá de formas distintas pelo casal: “a concepção de casamento para os homens está relacionada com a ‘constituição de família’, enquanto que, para as mulheres, o casamento é concebido como ‘relação amorosa’ ”²⁴.

Essa análise a respeito da família e do divórcio é oportuna para auxiliar na contextualização, pois como bem recorda Tartuce: “O estudo do fim da sociedade conjugal e do casamento é um dos temas mais relevantes para a prática do Direito de Família ”²⁵.”

1.1 Evolução Histórica

Para que se possa estudar o instituto do divórcio e seus desdobramentos, é importante que, inicialmente se compreenda sua origem, a família.

Com a constante evolução ocorrida no que se convencionou chamar de família, não é fácil encontrar uma definição que, sozinha, explique esse conceito, pois evoluir implica em transformar-se, e a história do ser humano enquanto espécie nos mostra que esse é um ser em constante evolução e que se parar, já não está mais dentro do que se considera humano.

Essa constante evolução humana, como evidencia Gaspar²⁶ então, é importante para que se compreenda que a família e, conseqüentemente, o conceito a ela atrelado, permanece em mutação constante, em busca de melhor existir, embora não seja possível negar que a família é a forma mais importante de organização de pessoas, porque é nessa organização que são formadas as regras básicas de vida em comunidade, além de ser o *locus* onde se conhece o respeito, o afecto, a protecção, a compreensão e a união, além de ser o espaço onde primeiro se exerce a liberdade e a autonomia.

Nesse sentido, estabelece-se que característica institucional da família não pode ser negada, pois exerce extrema influência na formação do indivíduo, sendo o primeiro grupo social do qual o indivíduo faz parte, pois é na família que o indivíduo recebe as primeiras noções de civilidade, educação, ética, é no seu seio que se formam os valores e os princípios, fundamentais para a formação do seu caráter e até mesmo Aristóteles²⁷ reconhece a sua importância ao dizer que “A família é anterior à pólis e mais necessária do que esta”.

De acordo com vários antropólogos e sociólogos, a família é a única instituição

²⁴ *Idem*.

²⁵ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. p.1316.

²⁶ GASPAR, Paula Alexandra da Costa - **A Mediação familiar no sistema jurídico português**. p. 68.

²⁷ ARISTÓTELES - **Ética à Nicômaco**. p. 13.

social que está e esteve presente em todas as civilizações, exercendo uma função que favorece a socialização dos seus membros.²⁸

A institucionalidade da família está assegurada na Constituição da República Portuguesa²⁹, como expressa o artigo 67.º dessa Constituição: “A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

Extraí-se desse artigo o dever do Estado e da sociedade de proteger positivamente a família. Corrobora neste mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁰, que em seu artigo 16.º, n.º 3, expõe: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção desta e do Estado”.

Dito isso, pode-se compreender a evolução histórica do instituto do divórcio iniciando-se, conforme explica Venosa³¹, nas antigas civilizações, nas quais a mulher era vista como um ser inferior e, portanto, submissa à vontade masculina, o que fez com que a maneira mais usual de um casal separar-se fosse por meio do abandono e da rejeição por parte do marido.

Naquele período, o casamento era um instrumento de sobrevivência econômica, e tinha como objetivo primordial a manutenção e a proteção aos bens que estavam à disposição do *pater familias*, bem como todas as pessoas, esposa, filhos e servos, que se encontravam sob sua proteção, entretanto, com a evolução das regras religiosas e morais, estas ensejaram a noção de indissolubilidade do casamento.

No que diz respeito ao casamento, o primeiro facto a se considerar, talvez seja a influência exercida pela Igreja Católica, especialmente em se tratando de Portugal, onde na Idade Média não há registro de nenhuma união matrimonial que tenha sido reconhecida exclusivamente pelo poder civil, que tenha tido desdobramentos na ordem jurídica. O Brasil segue essa tradição, inicialmente por ser colônia portuguesa e depois, já independente de Portugal, quando continua a ser guiado pela legislação lusitana e sob o domínio exercido pela Igreja, pois o Direito Canônico era a fonte do direito positivo³².

Esta ideia de indissolubilidade no casamento começaria a ser questionada, por não ser possível uma pessoa conviver com outra sem que ambos partilhem do mesmo desejo,

²⁸ CRUZ, Rossana Martingo. *Op. Cit.* p.49.

²⁹ *Op. Cit.*

³⁰ UNICEF - *Op. Cit.*

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: Direito de Família**. p.157.

³² LOURENCINI, Antônio Rogério - **O direito canônico e a formação do direito ocidental moderno. Dos fundamentos do direito canônico à sua geral influência no ordenamento jurídico estatal, mormente no direito de família** (matrimônio).

sendo essa uma imposição da sociedade, por vezes causadora de bastante sofrimento a uma das partes, ou até mesmo a ambas.

Observa-se então, a existência de dois pontos de vista conflitantes entre si: a visão religiosa, que impunha o casamento como um sacramento indissolúvel e o que acontecia na vida prática, com pessoas desejando a ruptura do vínculo conjugal.

A evolução da sociedade ensejou o crescimento de uma outra forma de pensamento, a que via o casamento como um tipo de contrato, podendo ser desfeito caso uma das partes manifestasse o desejo, em detrimento da visão religiosa pois, a evolução das pólis, que Aristóteles descreveu como sendo derivadas das famílias, evidenciou a necessidade de laicização da vida civil, com o estabelecimento de leis que facilitassem a convivência em sociedade ³³.

1.1.1 Evolução do regime jurídico em Portugal

Portugal introduziu o divórcio em sua legislação por meio do Decreto de 3 de Novembro de 1910, em cujo artigo 1º, estava explícito que o casamento poderia ser dissolvido em caso de morte de um dos cônjuges ou por divórcio, sem que houvesse a necessidade de separação prévia, colocando-o na qualidade de divórcio direto³⁴.

Os casamentos católicos, com entrada em vigor da Concordata com a Santa Sé em 07 de maio de 1940, deixaram de poder ser dissolvidos por divórcio, atingindo todos os casamentos católicos celebrados a partir de 01 de agosto de mesmo ano. O divórcio só era permitido no caso de casamento civil. Interessante recordar que a Concordata fazia essa distinção entre os casamentos católicos e os civis partindo da exigência dos nubentes renunciarem ao requerimento do divórcio³⁵.

Posteriormente foi promulgado o Decreto-Lei nº 261/75³⁶, revogando os artigos 1790º e 1794º, restabelecendo a igualdade entre os casamentos católicos e os civis, o qual permitiu novamente o divórcio em ambas as modalidades de casamento.

Interessante observar, como faz Anália Torres³⁷, que com a Cláusula de

³³ “Entre outros graus de parentesco as relações amigáveis são encontradas nas proporções correspondentes. Entre marido e mulher a amizade parece existir por natureza, pois a espécie humana se inclina naturalmente a formar casais — mais do que a formar cidades, já que a família é anterior à cidade e mais necessária do que está, e a reprodução é comum ao homem e aos animais”. ARISTÓTELES. *Op. Cit.* p. 13.

³⁴ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da família e das sucessões**. p.180.

³⁵ *Idem – Ibidem* p. 181.

³⁶ DECRETO-LEI nº 261/75, de 27 de maio. **Diário do Governo**, n.º 122/1975, Série I (27/05/1975), p. 733-735.

³⁷ TORRES, Anália Cardoso. *Op. Cit.* p. 35

Concordata³⁸, as separações judiciais de pessoas e bens subiram de 373 em 1959, para 878 em 1974, o que permite deduzir que esse aumento significa que as pessoas tinham a intenção de se divorciar, mas já não podiam fazê-lo, tornando a separação judicial a única solução cabível.

Uma vez que a separação judicial não tem o poder de eliminar o vínculo matrimonial, mas apenas alguns deveres conjugais, como o da coabitação e da fidelidade, o resultado foi o aumento do número de filhos ilegítimos, nascidos de novas uniões que não podiam ser regulamentadas pela lei³⁹.

Como a ilegitimidade é uma situação estigmatizante, nasce em 1965 o Movimento Pró 1. , cuja atuação se baseava no argumento de que as crianças nascidas fora do casamento não deviam viver com o estigma da ilegitimidade e, portanto, reivindicavam o direito ao divórcio para colocar um fim a essa situação para si e para seus descendentes⁴⁰.

A reforma do Código Civil de 1966 introduziu novas diretrizes, concedendo aos cônjuges a igualdade de direitos no casamento. A lei volta a aceitar tanto o divórcio por mútuo consentimento como o litigioso, como recorda Amaral⁴¹, sendo que o divórcio litigioso tanto podia ser causado por causas objetivas como subjetivas e um dos cônjuges ser considerado o único ou principal culpado do divórcio. Essa culpa lhe acarretaria consequências negativas, que seriam sentidas quando fosse o momento da partilha de bens e da prestação de alimentos.

Em 13 de julho de 1995 o Decreto 163/95 atribui competência aos Conservadores do Registo Civil para “decretarem o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento”. Era exigência, entretanto, que o casal não tivesse filhos menores ou, caso pois tivesse, que o exercício do poder parental já estivesse devidamente regulado⁴².

Em 1998, a Lei nº. 47/98 de 10 de agosto passa a permitir que os cônjuges requeressem o divórcio por mútuo consentimento a todo tempo, e reduzindo de 6 para 3 anos o tempo necessário de separação de facto para fundamentar o divórcio litigioso. Em seguida, o Decreto-Lei nº. 272/2001 atribui competência exclusiva aos Conservadores do Registo Civil em processos de separação e divórcio por mútuo consentimento, bem como passam a ter competência para atuar em caso de existência de filhos menores.⁴³

³⁸ “Em 1940, na vigência do regime salazarista, a assinatura da Concordata entre o Estado Português e a Santa Sé vem, a propósito do casamento católico, pôr fim à separação da Igreja e do Estado. Quebra-se, como dizem alguns juristas, a unidade do sistema matrimonial português criada pela I República. Os casamentos católicos passam a ser exclusivamente regidos pelo direito canónico, não podendo ser dissolvidos pelos tribunais civis.”

³⁹ TORRES, Anália Cardoso – *Op. Cit.* p.35-37.

⁴⁰ *Idem – Ibidem.* p.37.

⁴¹ *Op. Cit.* 181.

⁴² *Idem.*

⁴³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de - *Op. Cit.* p. 181-182.

O artigo 36.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa⁴⁴ vem estabelecer o princípio da competência civil e ainda garante a admissibilidade de divórcio seja qual for a forma de casamento contraído. Assim, percebe-se que o direito ao divórcio, além de irrenunciável, passa a ser garantido pela Constituição.

Nesse sentido, como pondera Fialho⁴⁵, corrobora a Lei n.º 61/2008⁴⁶ de 31 de outubro, em vigor desde 1 de dezembro de 2008, a qual alterou o regime jurídico do divórcio, e que está pautada na concepção do casamento como uma forma de se atingir a realização pessoal, colocando a dimensão afetiva como fundamento da instituição.

Até que fosse sancionada essa lei, o divórcio poderia ser por mútuo consentimento ou litigioso, sendo o primeiro pedido por ambos os cônjuges e o segundo pedido por um dos cônjuges contra o outro. A partir dela, mantém-se as duas modalidades mas, seguindo o artigo 1773.º do Código Civil, “o divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem o consentimento de um dos cônjuges”.

O divórcio por mútuo consentimento então, passa a ser requerido na Conservatória do Registo Civil e o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges requerido no tribunal. Nesse novo entendimento, é abolido o divórcio litigioso, eliminando-se “a culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro, tal como ocorre na maioria das legislações da União Europeia, acabando com a própria designação de divórcio litigioso”⁴⁷.

O divórcio é uma realidade na vida de muitas famílias, e como tal merece a devida atenção, apesar de nem sempre ter sido assim. Actualmente, as estatísticas revelam um grande aumento do número dos divórcios não apenas em Portugal, mas também no Brasil e em muitos outros países, como aponta Martins⁴⁸.

Um dos motivos para isso é, como já foi apontado, a presença feminina no mercado de trabalho. Uma vez que a mulher não se encontre em posição de inferioridade, não sendo economicamente dependente do homem, há um menor constrangimento em sair da situação insatisfatória, tanto para o homem, quanto para a mulher⁴⁹.

Actualmente, há uma tendência de desjudicialização das questões familiares e isso envolve o divórcio. Com a desjudicialização, há um duplo favorecimento para o judiciário e para os interessados: o judiciário se torna menos sobrecarregado, podendo, assim, atender as

⁴⁴ *Op. Cit.*

⁴⁵ *Op. Cit.* p.6.

⁴⁶ LEI n.º 61/2008 de 31 de outubro de 2008 - Altera o regime jurídico do divórcio.

⁴⁷ DIAS, Cristina M. Araújo - **Uma análise do novo regime jurídico do divórcio.** p.23.

⁴⁸ MARTINS, Eva Delgado - **Intervenção terapêutica na transformação construtiva de conflitos parentais.** p. 223.

⁴⁹ TORRES, Anália Cardoso – *Op. Cit.* p.42-43.

demandas de forma mais célere e eficaz; aos interessados é reconhecida a responsabilidade pelas decisões que diretamente os afetam.

Ao tratar da relação do divórcio e da desjudicialização, ensina Rossana Martingo Cruz⁵⁰ que:

O nosso ordenamento jurídico repercute esta orientação, não só nos preceitos constitucionais já enumerados, mas também ao nível do direito privado. No caso do divórcio é clara a preferência do legislador pela via do mútuo consentimento. De igual modo, os acordos que os cônjuges devem apresentar apenas deverão ser questionados no caso não acautelarem devidamente os interesses dos filhos ou dos próprios cônjuges.

Enquanto o Decreto-Lei n.º 131/95 deu a opção de o divórcio ser requerido nas conservatórias de registo civil, o Decreto-Lei n.º 272/2001⁵¹ concedeu competência exclusiva às conservatórias de registo civil para os processos de divórcio por mútuo consentimento, o que reforça essa tendência à desjudicialização.

1.1.2 Evolução histórica no Brasil

O Estado Democrático de Direito e as garantias de direitos individuais no Brasil enfrentaram quase dois séculos de luta para existirem, pois a interferência da Igreja nos assuntos da vida privada impediam a evolução no sentido de se legalizar o divórcio.

No período imperial no Brasil, o casamento religioso foi a prática predominante, mas com o crescimento da população e a chegada de novas crenças além da católica, o poder público passou a adotar em 1863, três formas de casamento: o casamento católico, o casamento misto e o casamento não católico, tendo como regra comum a cada uma das três a indissolubilidade do casamento.

Em 1888, o Decreto n.º 9.886, que começaria sua vigência em 01 de janeiro de 1889, instituiu o Registro Civil e em 07 de março de 1890 foi abolida a religião oficial com o Decreto n.º 119-A. Tais medidas foram fundamentais para que em 24 de janeiro de 1890, a legislação brasileira instituísse o Casamento Civil, cujo reconhecimento viria a ocorrer no artigo 72, parágrafo 4º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891⁵².

Já a Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho, permitiu a atribuição de efeitos civis ao casamento religioso. Para isso, o casamento deveria ser realizado conforme as prescrições legais e, posteriormente deveria ser feita a sua inscrição no Registro Civil. O texto

⁵⁰ *Op. Cit*, p. 149.

⁵¹ DECRETO-LEI 272-2001 - **Diário da República Eletrônico**.

⁵² LIMA, Domingos Sávio Brandão – **A nova lei do divórcio comentada**. 458 p.

constitucional, contudo, mantinha a questão da indissolubilidade do casamento, o que perdurou na Constituição de 1937⁵³.

Na Constituição de 1946 foi acrescentada uma cláusula de anulação do casamento, como uma das tentativas de se introduzir o divórcio no Brasil. A causa da anulação seria pela alegação de incompatibilidade entre os cônjuges, e provaria que depois de decorridos cinco anos do desquite, o casal não havia restabelecido sua vida em comum. Tal inclusão tinha como objetivo primordial a supressão da indissolubilidade do casamento no texto constitucional, o que viria a ser alcançado em 1977⁵⁴.

A luta pela conquista do divórcio, entretanto, não esteve inativa no período que antecedeu a conquista. Em 1975 foi apresentada uma proposta de emenda (que visava permitir a anulação do casamento se decorridos cinco anos do desquite ou sete anos da separação de fato) à Constituição de 1969, que obteve a maioria dos votos, mas ainda sem ser em número suficiente para alcançar os dois terços dos votos, o quórum exigido⁵⁵.

Observando-se a evolução das constituições brasileiras, pode-se notar que o Estado passou a admitir que um casamento fosse dissolvido através do divórcio apenas em 1977, mesmo o Estado tendo sido desvinculado da Igreja em 1891. Apesar da desvinculação, a Igreja Católica até 1977 exercia forte influência sobre o Estado⁵⁶, tanto que durante o governo de Getúlio Vargas, o texto Constitucional de 1934, apresentava a seguinte grafia⁵⁷:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Foi a Emenda n.º 9/77, do Senador Nelson Carneiro, que introduziu o divórcio no Brasil, alterando o artigo 175 parágrafo 1º da Constituição de 1969⁵⁸ e exigindo a sua regulamentação, o que ocorreu por intermédio da Lei do Divórcio, ou Lei n.º 6.515/77⁵⁹.

Na prática, tal só foi possível pela aprovação da Emenda n.º 9 na Constituição de 1967. Essa Emenda revogou o princípio da indissolubilidade do casamento, o que permitiu

⁵³ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA. (IBDFAM) - **A Trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do estado democrático de direito.**

⁵⁴ *Idem – Ibidem.*

⁵⁵ “Apresentada emenda à Constituição de 1969 (EC n. 5, de 12.03.1975), permitindo a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 8 de maio de 1975, a emenda obteria maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o quórum exigido de dois terços”. IBDFAM. A Trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do estado democrático de direito.

⁵⁶ TOMIAZI, Roberta; GOMES, Francisco José Dias. *Op. Cit.*

⁵⁷ CONSTITUIÇÃO Federal de 16 de julho 1934. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>

⁵⁸ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1969. <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>

⁵⁹ VELOSO, Zeno - **O novo divórcio e o que restou do passado.**

que fosse promulgada o Projeto de Lei que viria a possibilitar a instituição do divórcio, o que ocorreu através da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977 que, além de instituir o divórcio, ainda regulamentava os casos de separação judicial.

Tal aprovação, recorda Tepedino⁶⁰, se deu entre um grande confronto de ideias entre os que eram a favor e os que eram contra o divórcio, o que ocasionou a aprovação de uma legislação que o limitava bastante:

O casamento somente poderia ser dissolvido após prévia separação judicial por ao menos 3 anos. Admitiu-se, ainda, o divórcio-direto (art. 40, caput), sem a etapa da separação judicial, para a hipótese em que, segundo a redação original do dispositivo, os cônjuges já se encontrassem separados de fato quando da promulgação da Lei do Divórcio e desde que decorrido um período mínimo de 5 anos.

Vale lembrar que até 1977, o vínculo jurídico adquirido pelo matrimônio era vitalício, mas caso fosse insuportável a convivência para um dos cônjuges, este poderia pedir o desquite, que colocava um fim à sociedade conjugal e aos deveres matrimoniais. Feito o desquite, não haveria mais a necessidade de viverem juntos e os bens do casal eram divididos, mas não havia a possibilidade de virem a se casar novamente com outras pessoas, assim como não existia, à época, nenhuma lei que protegesse as uniões estáveis ou direitos para os que coabitavam de maneira informal⁶¹.

Tartuce⁶², concordando com outros notáveis juristas, afirma sua compreensão acerca da abolição da separação judicial ou por escritura pública e da permanência, em seu lugar, do divórcio como instrumento de quebra da sociedade conjugal e extinção do vínculo matrimonial e reforça seu raciocínio afirmando que a PEC do Divórcio é a grande responsável pela instituição, no Brasil, do divórcio direto.

Entretanto, reconhece também o direito dos cônjuges de preferirem a separação judicial, citando como exemplo pessoas católicas que não queiram renegar suas crenças.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo - **O papel da culpa na separação e no divórcio**. p.34.

⁶¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA. (IBDFAM). - **A trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do estado democrático de direito**. *Op. Cit.*

⁶² “A grande maioria dos juristas tem entendido que, com a edição da PEC do divórcio, extinguiu-se a separação judicial. Este é o meu entendimento. Estaríamos, agora, como o sistema japonês que só admite o divórcio. Contudo, há quem entenda que a PEC existiu só para a extinção dos prazos constantes no § 6.º do art. 226 da Constituição Federal não tendo ela objetivado a extinção da separação, que não poderia ser extinta tacitamente. Todavia, a Emenda constitucional é claríssima ao assentar que ‘O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio’. Em verdade, a PEC existiu para instituir, no direito brasileiro, o divórcio direto. Cogita-se, entretanto, que podem os cônjuges preferir sua separação judicial, por exemplo, os católicos, à moda da separação temporal admitida pelo Código Canônico. Sim, porque, se o católico levar a sério suas crenças religiosas, não poderá pretender o divórcio. Não é o que geralmente acontece. Nesse caso, deve o religioso permanecer em separação de fato. Todavia, para que exista, excepcionalmente, a separação de fato dos cônjuges, é preciso que ambos manifestem-se nesse sentido, pois um pretendendo o divórcio não poderá ser obstado pelo outro na realização desse direito potestativo”. *Op. Cit.*

Nesse caso, é importante que esse seja o desejo verdadeiro de ambos, pois se um dos cônjuges efetivamente desejar divorciar-se, tal não poderá ser impedido pela vontade do outro em manter o vínculo matrimonial.

Tepedino⁶³ lembra do papel desempenhado pela culpa na separação judicial:

O papel da culpa na separação tem sido atenuado, ao menos no que tange à tendência dominante na política legislativa contemporânea, embora o seu espectro continue presente na cultura do direito de família, traduzido na tentativa de reinserir, no âmbito da união estável, efeitos punitivos pela ruptura dos deveres pré-estabelecidos, posição também sustentada, em doutrina, como proposta legislativa, para a disciplina da sociedade conjugal.

Antes da Lei do Divórcio, regia o Código Civil, segundo o qual não existia a possibilidade do casamento ser desfeito. Dessa forma, havia duas espécies de desquite, o consensual ou o litigioso. O desquite litigioso era a solução quando um dos cônjuges não aceitasse a ideia do desquite consensual, e então o desquite só poderia ocorrer mediante a hipótese de uma conduta culposa, prevista pelo artigo 317 do Código Civil, a saber: adultério, tentativa de morte; sevícias ou injúria grave; abandono voluntário do lar matrimonial durante dois anos. O autor da ação teria que provar que o outro cônjuge havia incorrido em um desses comportamentos para que o desenlace fosse autorizado pelo legislador⁶⁴.

Sem outra alternativa para o desquite unilateral, era comum ver os pedidos de anulação de casamento ou a imputação de culpa utilizando-se o adultério como causa, muitas vezes causando grande constrangimento para a família envolvida. Além disso, o culpado pelo fim do casamento carregaria para sempre esse estigma, especialmente a mulher, que enfrentaria grande preconceito de toda a sua comunidade, inclusive dentro de sua própria família⁶⁵, como recorda Tepedino⁶⁶.

Entretanto, como bem lembrou Flávio Tartuce, “...a sociedade muda, a família se altera, e o Direito deve acompanhar essas transformações”⁶⁷, e assim tem sido pois, como se pode verificar, por intermédio da Emenda Constitucional n.º 66/10, o divórcio foi bastante simplificado.

⁶³ *Op. Cit.* p. 33.

⁶⁴ *Idem - Ibidem*

⁶⁵ “Não havendo outra forma de desquite unilateral senão a litigiosa, avultavam, no passado, os pedidos de anulação de casamento ou de imputação de culpa como causa do desquite, em particular na hipótese de adultério, não raro forjado em circunstâncias ensejadoras de enorme constrangimento para os cônjuges e para os filhos. Por outro lado, sendo o casamento indissolúvel, era inegável o estigma da culpa atribuído a quem pretendesse se separar, sendo certo que, do ponto de vista cultural, o cônjuge desquitado, sobretudo o cônjuge-mulher, era visto com forte preconceito, como pessoa posta à margem das relações familiares”.

⁶⁶ *Op. Cit.* p. 34.

⁶⁷ *Op. Cit.* p. 1234.

Como lembra Veloso⁶⁸ (2010), essa Emenda extinguiu a demora causada pela redação original do artigo 226 § 6.º, da Constituição Federal de 1988, cujo texto estabelecia os prazos cabíveis para que o divórcio pudesse ser aceito judicialmente.

Acontece que o desejo de interrupção definitiva do matrimônio, como lembra Fialho⁶⁹, deve ser suficiente para que seja decretado o fim deste, sem que sejam necessárias outras condições para que isso aconteça, nem mesmo que o outro cônjuge esteja de acordo. A dimensão da realização pessoal nesse caso é que deve ser considerada, pois as pessoas precisam estar felizes com os seus casamentos, e se não, estes devem ser dissolvidos, só se mantendo o vínculo jurídico enquanto os vínculos afetivos forem mantidos

Entretanto, mesmo com a conquista dessa aparente facilidade, não se pode acreditar que a abordagem do divórcio seja obrigatoriamente simples e corriqueira, pois independentemente de ser um divórcio consensual ou não, essa é uma decisão que envolve uma ampla variedade de sentimentos, na maioria das vezes conflitantes e tristes, especialmente se o casal tiver filhos, que nem sempre entendem de facto, o que está se passando com a sua família, como apontam Tomiazi e Gomes.⁷⁰

Na atualidade, é possível observar que com todas essas mudanças, foram acarretadas alterações também no direito de família, especialmente no que diz respeito ao foco, que antes se detinha no adulto e seus interesses, mas agora pode-se dizer que criança passou a ser o centro das atenções, o que consagra o princípio do superior interesse da criança e do adolescente reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças.

1.2 A Responsabilidade Parental

Assim como a família, o entendimento sobre a criança também evoluiu com o passar dos tempos e para que se compreenda sua posição atual na sociedade, é importante que se faça um breve apanhado histórico sobre a evolução deste conceito.

Inicialmente o pai era considerado o “*pater familias*”, o chefe da família e quem detinha todo o poder, pois a família era centralizada em sua figura⁷¹ e a mãe não possuía direito parental sobre seus filhos, que eram sujeitos à autoridade do pai. Nesse período, em casos de separação dos pais, a guarda do filho só era concedida à mãe se a criança tivesse

⁶⁸ Op. Cit. p.6.

⁶⁹ Op. Cit. p.6.

⁷⁰ Op. Cit.

⁷¹ SILVA, Joaquim Manuel da; GUERRA, Paulo - **A família das crianças na separação dos pais**.p.40

idade inferior à três anos, pois até essa idade a criança necessitaria de cuidados que só poderiam ser oferecidos pela mãe. A partir dos três anos, a guarda era concedida ao pai, pois não se consideravam as mulheres capacitadas para educar filhos do sexo masculino⁷².

Era do pai, portanto, o direito de aplicar castigos e punições, possuindo o direito de vida e morte sobre sua família. Não havia consideração nenhuma pelo bem-estar e necessidades das crianças. É curioso lembrar que foi dessa estrutura que surgiu o termo “pátrio poder”, que foi substituído recentemente pelo termo “poder parental”, em um reconhecimento à igualdade entre pai e mãe nos deveres e direitos em relação aos filhos⁷³.

Como relata Cruz⁷⁴, foi a Revolução Francesa, que trouxe consigo seus ideais de liberdade e valorização dos seres humanos, que permitiu que, no período compreendido entre os séculos XIV a XVIII, se iniciasse o processo de reconhecimento da criança como um ser humano mais frágil e necessitado de maiores cuidados que um adulto. Nos séculos XIX e XX começaram a se delinear as primeiras inovações jurídicas que estabeleceram as bases do poder parental, com o intuito de proteger a criança, reconhecendo-a como um ser dotado de direitos desde seus primeiros momentos de vida.

Nesse sentido, surgiram os primeiros grandes instrumentos de defesa dos direitos da criança⁷⁵:

- A Declaração dos Direitos da Criança, também conhecida como Declaração de Genebra, adotada pela Liga das Nações em 1924;
- A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que delineia os direitos humanos básicos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948;
- A Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que é uma adaptação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, voltada especialmente para as crianças.

A grande mudança na história sobre os direitos das crianças aconteceu sob a forma da Convenção sobre os Direitos da Criança⁷⁶, adotada em novembro de 1989 e assinada no início de 1990. Como recorda a autora⁷⁷, o exercício desses direitos veio a ser facilitado pela Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, adotada em 1996 e que

⁷² GOMES, Joana Salazar - **O superior interesse das crianças e as novas formas de guarda**. p. 103.

⁷³ SILVA, Joaquim Manuel da; GUERRA, Paulo - *Op. Cit.* p.22 -23.

⁷⁴ CRUZ, Neuza Rafaela Meira - **Conflitos parentais nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais e a atuação do processo de promoção e proteção**. p.4.

⁷⁵ CRUZ, Neuza Rafaela Meira. *Op. Cit.* p. 5

⁷⁶ UNICEF – **Convenção sobre os direitos da criança**, de 20 de novembro de 1989.

⁷⁷ CRUZ, Neuza Rafaela Meira. *Op. Cit.* p. 5 - 6.

conferia maior protagonismo à criança nos processos que a envolviam.

Importante assinalar que essas novas diretrizes já haviam sido incorporadas no texto constitucional brasileiro, em seu artigo 227, antes mesmo de sua aprovação na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Tal é a visão do Direito na atualidade, que considera a criança como um ser titular autônomo de Direitos Humanos, que constrói a sua personalidade com o auxílio dos adultos que a rodeiam, tendo o direito de viver um presente feliz com possibilidade de ter um futuro realizado e que necessita de toda a sociedade para a garantia desses direitos básicos, independentemente do modelo de família em que ela esteja inserida.

A Convenção sobre os Direitos da Criança trouxe grande transformação nas normas relativas à vida da criança, como o direito à sua identidade pessoal, seu meio familiar, saúde, educação, justiça, direito à sua liberdade de expressão e proteção contra maus tratos, violência de todas as formas, além de proteção também contra a negligência e exploração.

Além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança ainda afirma o direito da criança de conhecer e conviver com seus pais e, exceto quando essa possibilidade for contrária ao seu melhor interesse, garante-lhe o direito de ter contato com ambos, bem como deixa explícitas as obrigações por parte do Estado, quando estiver separada de seus pais por interferência judicial, inclusive a de lhes promover proteção especial, provendo-lhes um ambiente familiar alternativo ou uma instituição que cuide delas e as proteja.

Esta convenção, como aponta Cruz⁷⁸, além de destacar a importância da família no desenvolvimento harmonioso da criança, reconhece juridicamente em seu artigo 1.º, a criança como o ser humano abaixo de 18 anos de idade (exceto as que forem emancipadas), e defende o seu direito de existir como um sujeito autônomo titular de direitos.

Além disso, em seu artigo 27.º está explícito que é responsabilidade dos pais, assim como de outros responsáveis cuidadores, garantir as condições necessárias para que a criança se desenvolva de forma plena, como enfatizam Barroso e Machado⁷⁹.

Também o Código Civil Brasileiro, Lei n.º 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, no seu artigo 1.566 parágrafo IV, que dispõe sobre os deveres dos cônjuges, coloca sobre estes a responsabilidade de sustento, guarda e educação dos filhos, assim como os artigos 21 e 22 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, que além de regular esses deveres, também regulam o exercício do que foi chamado de “pátrio poder”, termo que atualmente foi substituído no artigo 1.630 do Novo Código Civil Brasileiro, pelo termo “poder familiar”.

⁷⁸ *Op. Cit.* p. 6.

⁷⁹ BARROSO, R. G.; MACHADO, C. **Definições, dimensões e determinantes da parentalidade.**

A Convenção sobre os Direitos da Criança⁸⁰ passa a ser o marco mais importante na garantia dos direitos das crianças e, como exemplo, pode ser citado o artigo 3, que determina que:

[...] todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

O princípio jurídico do melhor interesse da criança tem como premissa básica a garantia de que tanto a família quanto a sociedade e o Estado agirão conjuntamente com o objetivo de fornecer meios propícios para a formação plena de cidadãos e cidadãs comprometidos com o bem comum.

Isso só é possível se a criança for protegida integralmente além de que deve ter acesso a tudo o que seja importante para seu crescimento e desenvolvimento, como alimentação, educação, saúde física e mental, lazer, esportes e outros.

Não se pode deixar de considerar que a proteção à criança e ao adolescente é necessária porque estes encontram-se em posição de vulnerabilidade, além disso, representam o futuro, uma verdade que não é possível de ser ignorada.

Nesse sentido, pontua Silva⁸¹:

A criança, sempre imersa na família dos adultos, de que necessita por força do crescimento físico e psíquico que fará ao longo da menoridade (e ainda quando jovem adulto), viu, no essencial, a partir das codificações oitocentistas, reguladas pelo direito as suas relações familiares com os adultos. Os pais aparecem na primeira linha, e nessa medida o direito, na proteção da vulnerabilidade e especificidade da criança, vai delimitar a legitimidade da intervenção privada e contratual da família através do direito constitucional e ordinário. Por outro lado, o Estado fiscaliza o modo como são exercidas estas responsabilidades, e poderá mesmo determinar a intervenção da força pública quando o exercício concreto desses direitos privados não defende o superior interesse da criança. O legislador, por outro lado, presume que quando pai e mãe vivem separados se justifica a intervenção protetora do Estado, fixando um regime de acordo com as circunstâncias do caso e o interesse da criança e dos pais. O regime das responsabilidades parentais constitui, pois, esse direito, e regula o exercício das relações jurídico familiares, filiais, entre pais e filhos menores de 18 anos. É, pois, o direito das relações jurídico-familiares da criança.

O direito à proteção das crianças e adolescentes encontra-se assegurado no texto constitucional, como disposto no artigo 227 da Constituição Federal Brasileira de 1988⁸²:

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

⁸⁰ UNICEF. *Op. Cit.*

⁸¹ SILVA, Joaquim Manuel da; GUERRA, Paulo - **A família das crianças na separação dos pais**. *Op. Cit.* p. 40.

⁸² CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. p. 1.

salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL. 2017, p.145).

Na Constituição da República Portuguesa, artigo 36.º, o texto confere aos pais a responsabilidade sobre os filhos⁸³:

3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção dos filhos.
5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

Ainda na Constituição da República Portuguesa, o artigo 69.º estipula:

1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

É importante recordar que toda pessoa possui personalidade jurídica desde o momento de seu nascimento com vida e, portanto, tem a capacidade de gozar e exercer direitos e obrigações, entretanto, por sua ausência de autonomia, as crianças são consideradas incapazes e necessitam de quem as represente legalmente⁸⁴.

Da mesma forma argumenta Sottomayor⁸⁵, quando fala que para a Teoria Geral do Direito Civil os pais são juridicamente responsáveis pelos filhos menores de idade em função de sua incapacidade negocial, mas defende a necessidade de se considerar a criança como uma pessoa, e que como tal, possui necessidades, emoções e sentimentos e que isso deve ser reconhecido de acordo com a sua maturidade.

Além disso, as responsabilidades parentais representam uma situação jurídica complexa, na qual bem mais que direitos e poderes funcionais, são visíveis os deveres dos pais em relação aos filhos. Nesse sentido, é importante destacar que, com a reforma do Código Civil de 2008, essa relação dos pais com os filhos foi definida como uma responsabilidade, que transforma o conceito de poder paternal, ao colocar os direitos da criança no centro da relação jurídica, além de colocar explicitamente a necessidade dos pais exercerem essa responsabilidade tendo como foco o superior interesse da criança⁸⁶.

A Constituição Portuguesa, inclusive, no artigo n.º 36, parágrafo 5.º coloca esse exercício na categoria de poderes funcionais, ou seja, poderes que associam direitos e deveres. Esses poderes funcionais são irrenunciáveis, sob pena de se incorrer em responsabilidade civil

⁸³ *Op. Cit.*

⁸⁴ SILVA, Joaquim Manuel da; GUERRA, Paulo - *Op. Cit.* p. 34 - 36.

⁸⁵ SOTTOMAYOR, Clara - **Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio.** p. 19.

⁸⁶ SILVA, Joaquim Manuel da; GUERRA, Paulo - *Op. Cit.* p.42.

ou até mesmo penal como figura nos artigos 143.º, 145.º-1-a), 132.º-2-a) ou 152º-A do Código Penal⁸⁷.

Nesse sentido, corrobora Sottomayor⁸⁸ ao chamar a atenção para a Lei n.º 61/2008, que altera o regime jurídico do divórcio, mas que também dá importante contribuição na questão da responsabilidade parental, ao modificar a linguagem utilizada para tratar das relações entre pais e filhos, de poder paternal para responsabilidades parentais. A nova expressão está de melhor acordo com a ideia de família democrática e exprime melhor o conceito de compromisso dos pais para com as necessidades de seus filhos

De acordo com Vale⁸⁹, a doutrina da protecção integral à criança foi responsável pela introdução do princípio do melhor interesse da criança no ordenamento jurídico brasileiro, em função da possibilidade dela necessitar de amparo e interferência do Judiciário, especialmente em casos nos quais estejam envolvidas situações como a guarda e a visita de filhos de pais separados ou mesmo da necessidade de colocação da criança em casa de uma família substituta, por exemplo.

Sottomayor⁹⁰ chama a atenção para o fato de que o divórcio é responsável pela criação de novas realidades para a sociedade, assim como aumenta as dificuldades para as crianças cujos pais estão se divorciando.

Por representar uma mudança tão grande na vida das pessoas, em especial das crianças e adolescentes, Oliveira e Crepaldi⁹¹ chamam à atenção a importância da continuidade da relação entre os genitores e entre estes e seus filhos após o divórcio, especialmente a continuidade da relação entre o pai e seus filhos (quando estes permanecem com a mãe), em função da importância que ocupa a figura paterna no desenvolvimento das crianças.

Nesse sentido, concordam Farinha e Lavadinho⁹², quando afirmam que embora no divórcio o sistema familiar tenha se desintegrado, tal não acontece com o subsistema parental e que é preciso encontrar um novo modelo, que funcione para todos os elementos da família. Sendo assim, o processo de mediação familiar é importante, porque não apenas contribui para a manutenção deste subsistema, como também para a flexibilização do novo sistema familiar.

Por promover a colaboração entre os cônjuges, a mediação acaba por diminuir os sentimentos de ansiedade e frustração, auxiliando na manutenção da comunicação e

⁸⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 4.ª ed.

⁸⁸ *Op. Cit.* p. 280.

⁸⁹ VALE, Horácio Eduardo Gomes - **Princípio do melhor interesse da criança**.

⁹⁰ SOTTOMAYOR, Clara. *Op. Cit.* p.160.

⁹¹ OLIVEIRA, Joyce Lúcia Abreu Pereira; CREPALDI, Maria Aparecida. *Op. Cit.* p. 92-110.

⁹² FARINHA, António H. L.; LAVADINHO, Conceição. *Op. Cit.* p. 31.

contribuindo para que as decisões sejam mais transparentes e permanentes, evitando assim que o acordo não seja cumprido e evitando efeitos que possam vir a fazer com que os filhos se desestabilizem emocionalmente.

Embora contestados por vários pesquisadores, há resultados de estudos que apontam que a convivência cotidiana com os conflitos conjugais na família é mais danosa às crianças do que a convivência pacífica com apenas um dos genitores, como aponta Torres⁹³, o que evidencia a necessidade de se avaliar cada caso em separado, pois o que é bom para uns, pode não o ser para os outros.

Oliveira e Crepaldi⁹⁴ apontam para o favorecimento da qualidade da relação entre o pai e seus filhos, quando este partilha com a mãe os cuidados e a responsabilidade com os filhos, além de ser importante para o desenvolvimento da criança o envolvimento do pai de forma regular com filhos menores de quatro anos.

As autoras recordam que a parentalidade exercida pelo pai separado sempre foi muito influenciada pelo modelo habitual de família, no qual a participação paterna limita-se, em muitos casos, ao provimento financeiro. Entretanto, as alterações nos modelos de família também ensejaram mudanças no exercício da paternidade, tendo se tornado bem mais comum de se ver os pais participando ativamente nos cuidados e na educação de seus filhos, o que se reflete nos laços emocionais criados entre ambos.

Em caso de separação dos pais, o impacto sofrido pela criança só não é maior do que o que ela sofre quando ocorre a morte de um deles, e isso implica em dizer que a separação dos pais é o segundo maior fator traumático na vida de uma criança ou adolescente, além do fato de que muitos pais desconhecem a grande quantidade de decisões que deverão tomar em função de seu divórcio e que afetarão a vida e o futuro de seus filhos, como assegura Martins⁹⁵.

O impacto do divórcio na vida das crianças pode ter inúmeros desdobramentos, como a recusa da criança à imposição de conviver com um deles, em processos de guarda. Nesse sentido, pondera Sottomayor⁹⁶ sobre a importância de se ouvir a opinião da criança, e reforça:

A investigação científica sobre o impacto do divórcio nas crianças e a experiência dos profissionais que lidam com as famílias revela que a recusa da criança é uma reação normal ao divórcio e que assume um carácter temporário. A maneira de os tribunais lidarem com a recusa da criança tem que ser cautelosa, entrando em diálogo com ela para conhecer seus motivos, sem impor medidas pela força, as quais só vão aumentar o conflito e reforçar o sofrimento da criança.

⁹³ *Op. Cit.* p. 19.

⁹⁴ *Op. Cit.* p. 92-110.

⁹⁵ *Op. Cit.* p. 222.

⁹⁶ *Op. Cit.* p.161.

Ao se dissolver a sociedade conjugal, devem então, ser mantidos os deveres relacionados à responsabilidade parental, só necessitando que se estabeleça a organização referente à guarda dos filhos menores, assim como a questão do direito às visitas e a provisão de alimentos e outros custos financeiros para a manutenção dos filhos.

Na visão de Oliveira e Crepaldi⁹⁷, as crianças têm maiores probabilidades de se desenvolver de forma positiva em situações em que o pai possui envolvimento regular com seus filhos após o divórcio, sendo que a ausência do pai é vista como um risco no desenvolvimento infantil.

Entre os principais problemas enfrentados pelas famílias por ocasião do divórcio é a questão da guarda dos filhos e a alienação parental, motivo pelo qual, em muitos casos, passou-se a optar pela guarda compartilhada, na qual os horários são flexibilizados e há uma intensificação de visitas, para proporcionar à criança a oportunidade de conviver mais com o outro genitor.

1.2.1 Alienação Parental e a Guarda Compartilhada

Tem sido comum, no cenário da justiça de família, que se note a alienação parental. A explicação mais simples é a de que, anteriormente, quando o casal se separava, o cuidado com os filhos automaticamente ficava sob a responsabilidade materna, enquanto ao pai, cabia sua manutenção e tinha direito a visitas, mas a Emenda Constitucional n.º 66/210⁹⁸, ao simplificar definitivamente a dissolução do casamento, acabou por acirrar as disputas pela guarda dos filhos, o que tornou comum os casos de alienação parental.

A alienação parental é um fenômeno no qual um dos pais, ao término da relação afetiva com o parceiro (ou ex-cônjuge), motivado por sentimentos de rancor, tristeza, rejeição, desenvolve um desejo de vingança, no qual o filho é utilizado como instrumento dessa agressividade.

Ao minar a relação entre o ex-parceiro e o filho, o genitor que pratica a alienação parental tem atingidas duas vitórias: uma, a de fazer o outro sofrer uma ausência (no caso, a do filho) e outra, a de ter consigo e a seu favor, o objeto do sofrimento do seu ex-cônjuge.

⁹⁷ *Op. Cit.*

⁹⁸ BRASIL. Presidência da República - Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Conforme o Instituto Brasileiro de Direito da Família – IBDFAM⁹⁹:

Considera-se ato de alienação parental, nos termos da lei, a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância na tentativa de fazer com que o menor não estabeleça vínculos com um de seus genitores. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA, 2020).

O termo “Síndrome da Alienação Parental” foi proposto em 1985 por Richard Gardner¹⁰⁰, tendo como objetivo a solução para o problema da criança se recusar a conviver com o seu guardião¹⁰¹, definindo-a como:

[...] um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Como enfatiza Maria Berenice Dias¹⁰², este é um jogo de manipulação, no qual um dos genitores manipula a criança, incutindo-lhe pensamentos negativos a respeito do outro, de forma a influenciá-la para que rompa laços afectivos com o outro genitor e a criança, incapaz de identificar o que está acontecendo, acaba por ser a vítima desse jogo.

Gardner, citado por Sottomayor¹⁰³, esclarece que, para se caracterizar a Síndrome da Alienação Parental é necessário que estejam presentes os seguintes indicadores:

1. Campanha para denegrir a pessoa do outro progenitor junto da criança;
2. Razões frágeis, absurdas ou frívolas para a rejeição o progenitor;
3. Falta de ambivalência;
4. O fenómeno do pensador independente;
5. Apoio automático da criança ao progenitor alienador;
6. Ausência de sentimento de culpa em relação à crueldade e/ou exploração do progenitor alienador;
7. Presença de encenações encomendadas;
8. Propagação de animosidade aos amigos e/ou família alargada do progenitor alienado.

Embora seja alvo de críticas, por poder ser invocada sem provas que a validem, o conceito de Síndrome da Alienação Parental tem sido utilizado na jurisprudência portuguesa em processos de regulação das responsabilidades parentais e também, mas em menor prevalência, em processos-crime por violência doméstica. Nesse último caso, cita-se como

⁹⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA - Lei de alienação parental completa 10 anos; especialistas avaliam a experiência de uma década.

¹⁰⁰ GARDNER, Richard - O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?

¹⁰¹ SOTTOMAYOR, Clara. *Op. Cit.* p.161.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice - **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**

¹⁰³ SOTTOMAYOR, Clara. *Op. Cit.* p.164.

exemplo o arguido invocando a alienação parental para desacreditar as declarações da filha menor, sendo que a estratégia não foi exitosa, pois este foi condenado por crime de violência doméstica, uma vez que ficou claro que a filha não queria mais contacto com o pai porque a relação entre os dois estava degradada¹⁰⁴.

Podem ser citados como exemplos de práticas manipuladoras o ato de fazer com que a criança sinta a necessidade de escolher a quem deve lealdade; dificultar à outra parte o exercício da parentalidade; impedir ou atrapalhar o contato, ocultando correspondências, telefonemas, para que a criança não se sinta amada; encorajando a criança a ser rebelde ou desobediente¹⁰⁵.

A Lei n.º 61/2008, em seu artigo 1.906.º, estabeleceu que o interesse da criança só pode ser atendido se a ela for proporcionado o direito de conviver com ambos os pais, e que separá-la das pessoas que lhe sirvam como referência é danoso ao seu desenvolvimento¹⁰⁶.

Artigo 1906.º

Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento:

1 - As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

2 - Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.

3 - O exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

4 - O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício.

5 - O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.

6 - Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.

7 - O tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

¹⁰⁴ *Idem* p. 186.

¹⁰⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA - **Lei de Alienação Parental completa 10 anos; especialistas avaliam a experiência de uma década.** *Op. Cit.*

¹⁰⁶ LEI n.º 61/2008, artigo 1.906. <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/439097/details/maximized>>

Esse dano é mais grave do que a redução da convivência imposta pelo divórcio dos pais, fato demonstrado por estudos norte-americanos citados por Sottomayor¹⁰⁷, nos quais a adaptação da criança após o divórcio não está relacionada com a frequência com que a criança mantém contacto com seus pais, mesmo em relações que não sejam conflituosas. O interesse dela encontra-se no funcionamento emocional dos pais após o divórcio e sua adaptação será tanto melhor se ela estiver sob cuidados de um progenitor que tenha o cuidado de separar as suas emoções e angústias dos interesses da criança, protegendo-a dos seus conflitos pessoais. A autora cita os afloramentos da Síndrome da Alienação Parental nas leis civil e penal portuguesa:

- Cláusula do progenitor amistoso, ou *friendly parent provision*;
- O crime de subtração de menores, artigo 249.º, n.º1, al. C) e n.º 2 do Código Penal.

O combate à alienação parental está previsto no Brasil na Lei n.º 12.318¹⁰⁸, sancionada em 26 de agosto de 2010, e inclui desde acompanhamento psicológico para a criança, até a perda da guarda da criança ao genitor que estiver sendo alienador, além de multa. De acordo com a Lei n.º 12.318/2010 são formas de alienação parental:

- 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.

¹⁰⁷ *Op. Cit.* p.199.

¹⁰⁸ LEI n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm

Barbieri, em artigo do Instituto Brasileiro de Direito da Família - IBDFAM¹⁰⁹ alerta que:

É importante que se registre que a Lei de Alienação Parental não deve ser vista como uma lei que ‘pune o alienador’. A bem da verdade, a finalidade primeira da Lei n.º 12.318/2010 é reconstruir a harmonia e a segurança afetiva do ambiente familiar manchado pela prática da Alienação Parental, pois o foco da Lei é o restabelecimento dos laços e a reeducação dos envolvidos. A Lei n.º 12.318/2010 é, acima de tudo, a lei vocacionada para proteção à convivência familiar e integridade psicológica das crianças e adolescentes, e não apenas um diploma repressivo a atos ilícitos.

Brunna Silva¹¹⁰ enfatiza a importância da guarda compartilhada ao defender que o divórcio não pode fazer com que pais e filhos se distanciem, uma vez que a separação que está ocorrendo é a da família conjugal e não da parental, e que o melhor interesse da criança deve prevalecer.

Entretanto, esse não é o entendimento de Gomes, que defende que a Lei portuguesa n.º 61/2008, ao dar primazia à guarda compartilhada acaba por privilegiar os pais e estabelecendo um retrocesso em relação à reforma de 1977. Esta acabava com o privilégio masculino e protegia a estabilidade das crianças, mantendo-as sob a guarda das mães, com quem estavam habituadas a permanecer a maior parte do tempo e que esse exercício da guarda compartilhada pode aumentar ainda mais o conflito.

A autora defende que a guarda deve ser atribuída a quem a criança prefere e que esta deve exercer a guarda de forma unilateral e que a guarda compartilhada só faz sentido e, principalmente, só é benéfica, se os pais conseguirem chegar a um acordo¹¹¹.

É assim a mediação deve agir, dialogando com as partes para que estas analisem a situação e cheguem a um ponto de convergência de interesses que inclua a necessidade de os filhos conviverem com ambos os pais e estes, de exercerem seu poder parental conjuntamente.

1.3 Do Divórcio em Portugal

O direito de família em Portugal foi alterado em 2008, com o advento da Lei n.º 61/2008¹¹², a qual traz mudanças ao regime jurídico do divórcio. Esta lei manteve intocados

¹⁰⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA - **Lei de alienação parental completa 10 anos; especialistas avaliam a experiência de uma década.**

¹¹⁰ SILVA, Brunna Regina Mélo dos Santos - **O Instituto da mediação familiar como instrumento eficaz na busca pela solução da alienação parental.**

¹¹¹ GOMES, Joana Salazar. *Op. Cit.* p. 105-106.

¹¹² *Op. Cit.*

os deveres a que os cônjuges estão reciprocamente vinculados, no entanto aboliu o divórcio com fundamento na culpa de um ou de ambos os cônjuges.¹¹³

A referida Lei veio, ainda, positivar o intuito supracitado neste projecto, da atenção à criança, a qual precisa ser cuidada e protegida. Com a Lei n.º 61/2008 houve uma alteração de nomenclatura: a expressão “poder paternal” foi substituída por “responsabilidades parentais”. A intenção legislativa nesta mudança foi a de consagrar, como regra, o princípio do exercício conjunto das responsabilidades parentais e o direito de ambos os pais a manterem uma relação de proximidade com o filho.¹¹⁴

Diante da evolução legislativa mencionada extrai-se a intenção do legislador por privilegiar o divórcio por mútuo acordo. É desse intuito que nasce o incentivo às novas formas de resolução de conflitos, como a mediação familiar.

A Lei portuguesa determina que o divórcio deverá ser gratuito para quem apresentar provas de que não pode arcar financeiramente com esses custos. Essa prova pode ser feita através de documento emitido por autoridade administrativa competente, declaração emitida por instituição pública de assistência social ou documento emitido pela Segurança Social solicitando a dispensa de taxas e encargos do processo. Se, entretanto, apenas um dos cônjuges comprovar que não tem condições financeiras de arcar com o processo, o outro ainda deverá arcar com os 50% (cinquenta por cento) dos custos.¹¹⁵

A Constituição da República Portuguesa já tratava da mediação em seu artigo 202.º, n.º 4, o qual dispõe que a “lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”.

1.3.1 A Lei n.º 61/2008 e a abolição do divórcio com culpa

Até que entrasse em vigor a Lei n.º 61/2008, o regime português apresentava duas modalidades de divórcio, o divórcio consensual ou o divórcio litigioso, sendo o primeiro requerido por ambos os cônjuges e o segundo requerido por um deles, contra o outro.

Embora a referida Lei não cause alterações significativas no que tange ao divórcio consensual, ela altera profundamente a percepção sobre o divórcio litigioso, que passa a ser designado “divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges”, o que desperta a atenção para

¹¹³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de - *Op. Cit.* p. 189.

¹¹⁴ A substituição da expressão “visa transferir a tónica para o dever, em detrimento do poder/direitos dos pais, face a uma generalizada instrumentalização da criança como objeto do processo, objeto de direitos dos pais, visando consagrá-la como pessoa”. SILVA, Joaquim Manuel da; GUERRA, Paulo - *Op. Cit.* p. 49.

¹¹⁵ SECRETARIA GERAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Iniciar processo de divórcio.

o fato da eliminação da culpa como motivo para o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges¹¹⁶.

Nesse sentido observa Dias¹¹⁷, que a Lei n.º 61/2008 determinou que “o divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem o consentimento de um dos cônjuges”, mas elimina-se a partir de então, a culpa como fundamento do divórcio não consensual. Sendo assim, Portugal alinha-se a outros países da União Europeia, pondo um fim à designação de divórcio litigioso, deixando de existir o divórcio baseado na violação culposa dos deveres conjugais.

Amaral¹¹⁸, corroborando com essa afirmação, recorda que ainda que tenha sido abolida a violação culposa dos deveres conjugais, estes últimos não sofreram alteração, e destaca o fato de que o prazo para que se decrete o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges com fundamento em causas objetivas foi encurtado para um ano, da mesma forma que aconteceu para as situações previstas do artigo 1781.º:

Artigo 1781.º:

São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges:

- a) A separação de facto por um ano consecutivo;
- b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano;
- d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento¹¹⁹.

A respeito das causas objetivas do divórcio não consensual, o artigo 1781.º, alínea d), prevê quaisquer factos que mostrem que o casamento já não tem condições de continuar existindo, independentemente da culpa de qualquer um dos cônjuges¹²⁰.

Sobre as instâncias competentes para o requerimento do divórcio, sendo por este mútuo consentimento, pode ser requerido na conservatória do registo civil ou, caso haja divergências sobre questões que sejam relacionadas aos acordos complementares, deve ser requerido no tribunal¹²¹.

A nova Lei do Divórcio – Lei n.º 61/2008 – deu um novo incentivo à mediação ao incluir o artigo 1774.º do Código Civil: “Antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar”.

A mediação familiar é essencialmente ligada ao processo de divórcio. Isso decorre da

¹¹⁶ *Op. Cit.* p.182.

¹¹⁷ *Op. Cit.* p.22.

¹¹⁸ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da família e das sucessões**. p.182.

¹¹⁹ *Op. Cit.*

¹²⁰ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *Op. Cit.* p.182.

¹²¹ DIAS, Cristina M. Araújo. *Op. Cit.* p. 22.

inaptidão dos tribunais para lidar com os problemas relativos ao divórcio. Ressalta-se, ainda, que é uma solução mais célere e económica que a judicial. É interessante considerar que, ao tratar da economia no mecanismo da mediação, esta não se refere apenas à questão financeira mas também à emocional.¹²²

1.3.2 Modalidades do divórcio

Em Portugal, de acordo com os termos do disposto no artigo 1773.º, n.º 1, existem dois tipos de divórcio, o consensual e o não consensual¹²³.

Artigo 1773.º

[...]

1 - O divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges.

2 - O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil, ou no tribunal se, neste caso, o casal não tiver conseguido acordo sobre algum dos assuntos referidos no n.º 1 do artigo 1775.º

3 - O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos no artigo 1781.º¹²⁴

No primeiro, caso ambos os cônjuges estejam de acordo, o divórcio pode ser tratado em uma conservatória do registo civil, encerrando o casamento sem que haja a necessidade de se divulgar as causas e sem que se precise alterações nos apelidos adotados em decorrência do casamento. Há uma ressalva quando os cônjuges estão de acordo em relação ao divórcio, mas o mesmo não ocorre sobre as condições que o envolvem, e nesse caso, o divórcio deve ser pedido no tribunal.

Dessa forma, como pontua Amaral¹²⁵, o divórcio por mútuo consentimento, ou consensual, pode ser requerido tanto por via administrativa quanto pela via judicial, a depender da possibilidade dos cônjuges entrarem em acordo a respeito das condições desse divórcio, como a divisão de bens, por exemplo. Essas condições encontram-se previstas no artigo 1775.º, n.º 1. Caso não haja acordo sobre essas condições, o divórcio só poderá ocorrer pela via judicial.

Artigo 1775.º

Requerimento e instrução do processo na conservatória do registo civil

¹²² Daniel Eliçabe-Urriol refere ainda outros custos, que não os monetários, quando o conflito familiar se prolonga indefinidamente: “Surtem custos sociais e humanos altíssimos como o decréscimo da produtividade laboral das pessoas afectadas por estes conflitos, problemas de saúde derivados do stress, problemas de aprendizagem dos filhos, entre muitos outros. Se todos estes factores forem computados a mediação familiar revelar-se-á indubitavelmente vantajosa”. CRUZ, Rossana Martingo –p. 65.

¹²³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *Op. Cit.* p.184.

¹²⁴ LEI n.º 61/2008 de 31-10-2008 - Altera o regime jurídico do divórcio.

¹²⁵ *Op. Cit.* p.184.

1 - O divórcio por mútuo consentimento pode ser instaurado a todo o tempo na conservatória do registo civil, mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores, acompanhado pelos documentos seguintes:

- a) Relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respectivos valores, ou, caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272.º-A a 272.º-C do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo;
- b) Certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial;
- c) Acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça;
- d) Acordo sobre o destino da casa de morada de família;
- e) Certidão da escritura da convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada.

2 - Caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, entende-se que os acordos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior¹²⁶.

Já o divórcio não consensual só tem a possibilidade de ser pedido no tribunal, quando apenas um dos cônjuges deseja o fim do matrimónio. As condições para esse tipo de divórcio encontram-se previstas pelo artigo 1773.º, n.º 3.

O artigo 1775.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil expõe a possibilidade do divórcio por mútuo consentimento por via administrativa, na existência de filhos menores.¹²⁷ Nesse caso, o Ministério Público deve avaliar o acordo a respeito do poder parental e há a possibilidade de se pedir aos pais que sejam feitas alterações nesse acordo. Em caso de não aceitarem as alterações solicitadas pelo Ministério Público, o processo poderá ser enviado ao tribunal¹²⁸.

1.3.3 Divórcio na via administrativa

Conforme já foi visto, os cônjuges que estejam de acordo sobre o divórcio e seus termos podem pedi-lo, de acordo com os termos do artigo 1775.º, n.º 1, a qualquer momento na conservatória de registo civil, por meio de requerimento assinado por si próprios ou procuradores e da apresentação dos seguintes documentos¹²⁹:

- Relação dos bens comuns com especificação de seus valores, ou acordo sobre a partilha destes ou ainda um pedido de elaboração deste acordo. Tanto o acordo quanto o pedido para que se proceda à elaboração deste devem estar de acordo com os termos dos artigos 272.º-A a 272.º-C do Código de Registo Civil;

¹²⁶ LEI n.º 61/2008. *Op. Cit.*

¹²⁷ Art. 1775.º do Código Civil: 2. “Os cônjuges não tem de revelar a causa do divórcio, mas devem acordar sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o exercício do poder parental relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família. 3. Os cônjuges devem acordar ainda sobre o regime que vigorará, no período da pendência do processo, quanto à prestação de alimentos, ao exercício do poder parental e à utilização da casa de morada de família”. CÓDIGO Civil: Decreto-lei nº 47.344/66, de 25 de novembro. **Diário do Governo, n.º 274/1966, Série I** (25/11/1966), p. 1883-2086.

¹²⁸ SERVIÇO Público - **Rompimento de uma união: divórcio.**

¹²⁹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da família e das sucessões.** p.184 - 186.

- Caso existam filhos menores, acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, se não tiver havido uma regulação judicial. Nesse caso, devem apresentar a sentença sobre essa regulação;
- Acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que dela precise.
- Acordo a respeito do destino da casa onde more a família;
- Certidão da escritura do acordo antenupcial, caso exista.

O artigo 272.º, n.º 2 estabelece que, com exceção da certidão de acordo antenupcial, todos os outros podem ser elaborados pelo conservador ou pelos oficiais de registo¹³⁰.

É importante recordar que o artigo 1774.º determina que, antes do início do processo de divórcio, os cônjuges devem ser informados pela conservatória sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar.

Iniciado o divórcio, os cônjuges são chamados para uma reunião para que sejam verificados os preenchimentos dos pressupostos legais e apreciação dos acordos, sendo possível nesse estágio, fazer as alterações necessárias e em seguida decreta-se o divórcio, sendo que as decisões proferidas pelo conservador possuem os mesmos efeitos legais das sentenças judiciais sobre o mesmo assunto, conforme o artigo 1776.^{o131}, n.º 1 e 3.

Artigo 1776.º

Procedimento e decisão na conservatória do registo civil

1 - Recebido o requerimento, o conservador convoca os cônjuges para uma conferência em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia os acordos referidos nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo anterior, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos, podendo determinar para esse efeito a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária, e decreta, em seguida, o divórcio, procedendo-se ao correspondente registo, salvo o disposto no artigo 1776.º-A.

2 - É aplicável o disposto no artigo 1420.º, no n.º 2 do artigo 1422.º e no artigo 1424.º do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações.

3 - As decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria.

1.4 Do divórcio no Brasil

Em 2007, mais 10 anos depois, o Brasil seguiu os rumos de Portugal e deu um grande passo rumo à desjudicialização ao promulgar a Lei n.º 11.441/07¹³², a qual estabeleceu o divórcio extrajudicial, ou seja, aquele feito em cartórios. Ocorre que a desjudicialização não alcançou a sua efetividade máxima, já que o divórcio extrajudicial não pode ser realizado em

¹³⁰ *Idem – Ibidem* p.186 ;187.

¹³¹ LEI n.º 61/2008. *Op. Cit.*

¹³² LEI n.º 11.441/07, de 04 de janeiro de 2007. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm>.

cartório, nos casos em que há filhos menores e incapazes.

No Brasil, muitas vezes os divorciandos estão de pleno acordo quanto ao divórcio e procuram as serventias notariais. Entretanto, quando têm filhos menores, a eles não resta outra opção a não ser a via judicial. O motivo dessa limitação é a segurança jurídica e o cuidado pelo interesse do menor. Ocorre que há alternativas plausíveis para garantir os direitos do menor: basta analisar o sistema português, que incluiu os menores no procedimento extrajudicial.

A Lei n.º 13.140/2015, chamada Lei da Mediação, sancionada no Brasil, permite que os cartórios sejam uma alternativa de resolução de litígios. O acordo que é feito em cartório terá efeito de coisa julgada. Os casos envolvendo menores não poderão se beneficiar do instituto da mediação. Assim como ocorre com o divórcio, esta é uma barreira a ser superada no Brasil.

1.4.1 Emenda Constitucional n.º 66

A Emenda Constitucional n.º 66/10 é de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, por ser a responsável pela alteração no artigo 226.º, parágrafo 6.º da Constituição Federal de 1988, que tornou extinta a exigência da separação prévia por mais de um ano para que o divórcio pudesse ser decretado.

Antes da Emenda Constitucional n.º 66/10, o texto Constitucional, no parágrafo 6.º do artigo 226.º determinava que "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos" e após a emenda, ficou suprimido todo o texto após o termo divórcio, ficando o texto redigido da seguinte forma: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio"¹³³.

Isso implica em dizer que a Emenda Constitucional n.º 66/10, ao alterar o artigo 226, § 6.º, da CF/1988, modificou fundamentalmente as modalidades de divórcio. O artigo 1.580 do Código Civil Brasileiro, que regulamentava o instituto do divórcio trazia grafado em seu texto:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1.º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

¹³³ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. *Op. Cit.*

§ 2.º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.¹³⁴

Na prática, o que vem a ocorrer com a Emenda Constitucional n.º 66/10 é a instituição do divórcio direto. Na redação original do artigo 226, § 6.º, da Constituição Federal de 1988 eram reconhecidas duas modalidades de divórcio, o divórcio indireto, também chamado de divórcio por conversão e o divórcio direto.

O divórcio indireto, que poderia ser judicial ou extrajudicial, era precedido pela separação, independentemente se fosse judicial ou não, ou ainda por medida cautelar de separação de corpos. Recordar-se que o divórcio indireto judicial poderia ser tanto consensual como litigioso, enquanto que o divórcio extrajudicial só poderia ser consensual. Já o divórcio direto ocorria se o casal estivesse separado de fato por mais de dois anos, também podendo ser judicial (consensual ou litigioso) ou extrajudicial (somente consensual).

A Emenda do Divórcio acabou com essa divisão, passando a existir a partir dela, apenas o divórcio direto, sem necessidade de prazo mínimo de separação do casal. Também é válido considerar que o divórcio continua com a possibilidade de ser efetivado tanto pela via judicial como pela extrajudicial.

Nas palavras de Álvaro Villaça de Azevedo, citado por Tartuce:

A grande maioria dos juristas tem entendido que, com a edição da PEC do divórcio, extinguiu-se a separação judicial. Este é o meu entendimento. Estaríamos, agora, como o sistema japonês que só admite o divórcio. Contudo, há quem entenda que a PEC existiu só para a extinção dos prazos constantes no § 6.º do art. 226 da Constituição Federal não tendo ela objetivado a extinção da separação, que não poderia ser extinta tacitamente. Todavia, a Emenda constitucional é claríssima ao assentar que ‘O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio’. Em verdade, a PEC existiu para instituir, no direito brasileiro, o **divórcio direto**. Cogita-se, entretanto, que podem os cônjuges preferir sua separação judicial, por exemplo, os católicos, à moda da separação temporal admitida pelo Código Canônico. Sim, porque, se o católico levar a sério suas crenças religiosas, não poderá pretender o divórcio. Não é o que geralmente acontece. Nesse caso, deve o religioso permanecer em separação de fato. Todavia, para que exista, excepcionalmente, a separação de fato dos cônjuges, é preciso que ambos manifestem-se nesse sentido, pois um pretendendo o divórcio não poderá ser obstado pelo outro na realização desse direito potestativo.

Além de ter extinguido os prazos para o divórcio, a Emenda Constitucional n.º 66/10 acarretou também o fim das suas comprovações, que na conversão, o prazo mínimo deveria ser comprovado por certidão e no divórcio direto, a comprovação era feita por meio das testemunhas¹³⁵.

Há controvérsias a respeito da extinção ou não do instituto da separação, uma vez que o Código Civil não tenha sido revogado oficialmente, mas o CPC 2015 termina com a

¹³⁴ CÓDIGO Civil: Lei nº 3.076/16, de 01 de janeiro. **Diário Oficial da União**, Seção Nº. 1 (5/1/1916), p. 133.

¹³⁵ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo - **Tabelionato de notas**.

dúvida, uma vez que nele está expressa a possibilidade de separação consensual por escritura pública¹³⁶.

Entretanto, mesmo com a conquista dessa aparente facilidade, não se pode acreditar que a abordagem do divórcio seja obrigatoriamente simples e corriqueira, pois independentemente de ser um divórcio consensual ou não, essa é uma decisão que envolve uma ampla variedade de sentimentos, na maioria das vezes conflitantes e tristes, especialmente se o casal tiver filhos, que nem sempre entendem de facto, o que está se passando com a sua família, como apontam Tomiazi e Gomes¹³⁷.

1.4.2 Divórcio extrajudicial – Lei n.º 11.441/07

O divórcio extrajudicial no Brasil surgiu com o advento da Lei.º 11.441/07¹³⁸ que possibilitou a que os divórcios pudessem ser realizados por meio de escritura pública, um modo bem mais rápido e que possui toda a seriedade que o ato exige, e para que possa ser realizado é necessário que ambas as partes estejam agindo de comum acordo, que não tenham filhos menores ou incapazes, assim como a mulher não pode estar grávida, sendo essa gravidez fruto do casamento que está sendo desfeito¹³⁹.

Já sobre a existência de filhos menores ou incapazes, em 2013 foi aprovado o Enunciado n.º 571 durante VI Jornada de Direito Civil, o qual determina que uma vez que se comprove a resolução das questões que envolvem os filhos menores ou incapazes, a escritura pública de divórcio poderá ser lavrada pelo tabelião. Como cita Tartuce¹⁴⁰:

Se há acordo quanto ao divórcio e se os interesses dos menores estão resguardados em lide judicial específica, não há por que objetar o procedimento simples, rápido, desjudicializado, que desafoga o Judiciário e dá resposta mais rápida às questões eminentemente pessoais. Ao Judiciário será requerido somente o que remanescer da lide, sem que haja acordo, como também aqueles que contenham direitos e interesses dos menores ou incapazes.

Ressalte-se que, embora deva ser declarado pelas partes que não há uma gravidez em curso, o tabelião não pode exigir a apresentação de exame médico, pois a emancipação possibilita que o ato seja lavrado¹⁴¹.

É necessário que um advogado esteja presente e que este apresente seus documentos

¹³⁶ *Idem – Ibidem.* p. 336.

¹³⁷ *Op. Cit.*

¹³⁸ LEI n.º 11.441/07 - Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

¹³⁹ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Op. Cit.* p. 337.

¹⁴⁰ *Op. Cit.* p. 1347.

¹⁴¹ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Op. Cit.* p. 337.

de identificação, bem como seu comprovante de situação cadastral e número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. As partes precisam apresentar sua certidão de casamento (devidamente atualizada), assim como o pacto antinupcial, se houver. Se existirem bens comuns, a partilha pode ser feita, e depois da lavratura e assinatura da escritura pública de divórcio, é preciso que seja feita a sua averbação no cartório de registro civil onde o casamento foi celebrado.

Importante ressaltar também, que cabe aos cônjuges fazer a opção pela via judicial ou via extrajudicial, direito garantido pela Lei n.º 11.441/2007, bem como o direito de, a qualquer momento, desistir de uma via para adotar a outra, embora não seja permitido prosseguir com ambas ao mesmo tempo.

Para sanar quaisquer divergências a respeito da aplicabilidade da Lei n.º 11.441/2007, além de tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e ainda descongestionar o Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça publicou, em abril de 2007, a Resolução n.º 35 de 24/04/2007, em cujo texto são encontradas as normas relativas ao Divórcio extrajudicial¹⁴²:

Art. 1.º Para a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.

Art. 2.º É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial.

Art. 3.º As escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, etc.)

Art. 4.º O valor dos emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 1.º da Lei n.º 10.169/2000, observando-se, quanto a sua fixação, as regras previstas no art. 2.º da citada lei.

Art. 5.º É vedada a fixação de emolumentos em percentual incidente sobre o valor do negócio jurídico objeto dos serviços notariais e de registro (Lei n.º 10.169, de 2000, art. 3.º, inciso II).

Art. 6.º A gratuidade prevista na norma adjetiva compreende as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais.

Art. 7.º Para a obtenção da gratuidade pontuada nesta norma, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

Art. 8.º É necessária a presença do advogado, dispensada a procuração, ou do defensor público, na lavratura das escrituras aqui referidas, nelas constando seu nome e registro na OAB).

¹⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - **Resolução n.º 35 de 24 de abril de 2007**. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179>>

Art. 9.º É vedada ao tabelião a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer para o ato notarial acompanhadas de profissional de sua confiança. Se as partes não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 10.º É desnecessário o registro de escritura pública nas hipóteses aqui abordadas no Livro "E" de Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, entretanto, o Tribunal de Justiça deverá promover, no prazo de 180 dias, medidas adequadas para a unificação dos dados que concentrem as informações dessas escrituras no âmbito estadual, possibilitando as buscas, preferencialmente, sem ônus para o interessado.

2. DA MEDIAÇÃO

Antes de adentrar no estudo da mediação familiar, faz-se importante tratarmos do termo “*Alternative dispute resolution*” (ADR) que significa Resolução Alternativa de Litígios (RAL) do qual a mediação faz parte.

Os meios de resolução alternativa de litígios podem definir-se como o conjunto de procedimento de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais¹⁴³.

O objetivo da RAL é ser uma alternativa de resolução de litígio de qualidade, sendo em determinados casos, preferível à alternativa judicial. Segundo Cardona Ferreira¹⁴⁴ “os meios de resolução alternativa de litígios não pretendem substituir os meios judiciais. Os sistemas são complementares e não concorrenciais”.

As três figuras clássicas de Resolução Alternativa de Litígio são a conciliação, a arbitragem, a mediação. Esta será abordada em seguida de forma minuciosa.

É o poder público quem tem desenvolvido e impulsionado os meios de RAL em Portugal. Inicialmente surgiram os centros de arbitragem, seguidos pelos Julgados de Paz e, actualmente os sistemas de mediação tem sido bastante procurados.

Embora seja uma instituição recente e pouco conhecidos em relação aos meios judiciais, os RAL cresceram em virtude do impulso dado pelo poder político, mas ainda assim, pode-se dizer que são desconhecidos à maioria dos cidadãos¹⁴⁵.

Os métodos RAL foram incluídos no ordenamento jurídico brasileiro inicialmente pela Constituição Federal de 1988, quando, no seu preâmbulo foi escrito:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.¹⁴⁶

Este preâmbulo é bastante elucidativo ao descrever a predisposição constitucional de favorecer a solução pacífica de controvérsias e o mesmo ocorre novamente no artigo 4.º onde diz que “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VII - solução pacífica dos conflitos.”

¹⁴³ GOUVEIA, Mariana França – **Curso de resolução alternativa de litígios**. p. 17.

¹⁴⁴ FERREIRA, Cardona. - **Justiça de paz**. p. 52.

¹⁴⁵ CRUZ, Rossana Martingo – *Op. Cit.* p. 21.

¹⁴⁶ *Op. Cit.*

2.1 Aspectos gerais

A mediação é uma das formas de resolução alternativa de litígio, que faz parte dos procedimentos da justiça, ainda que a nomenclatura leve a interpretações errôneas a esse respeito¹⁴⁷.

A mediação como uma das formas de resolução alternativa de litígio é abordada por Lília Maia de Moraes Sales, ao esclarecer que:

A mediação como forma pacífica e participativa de solução de litígio exige das partes envolvidas a discussão sobre os problemas, sobre os comportamentos, sobre direitos e deveres de cada um – todo esse diálogo realizado de forma cooperativa, fortalecendo o compromisso ético com o diálogo honesto.¹⁴⁸

A mediação foi definitivamente consagrada como o meio mais importante de resolução de litígios da atualidade quando a Lei da Mediação foi aprovada¹⁴⁹. Esta Lei, de n.º 29/2013, aprovada em 19 de abril, é que determina os princípios gerais da mediação portuguesa, estabelecendo concomitantemente os regimes jurídicos aplicáveis à mediação civil e comercial, aos mediadores e também da mediação pública¹⁵⁰.

A própria Lei da Mediação de Portugal tratou de definir Mediação como sendo:

A forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.¹⁵¹

Embora muitas vezes o termo mediação possa ser confundido com conciliação e arbitragem, eles não são sinônimos, pois enquanto na conciliação e arbitragem o ponto de partida é o conflito, não sendo possível a sua existência sem o conflito, a mediação não depende exclusivamente deste para existir, podendo ser preventiva:

O ponto de partida da mediação não é o conflito, mas, ela se posiciona antes dele, o mais próximo possível da nascente. Por meio da presença qualificada do mediador, os protagonistas são levados a um questionamento e à efetiva conscientização dos limites do impasse, até então em campo nebuloso. Munidos destes recursos pessoais, os mediandos são capazes de construir uma relação sadia, por meio de uma comunicação cristalina. Por isso, é incorreto dizer que mediação é uma forma de resolução de conflitos.¹⁵²

Como se pode observar, as definições de mediação convergem para a figura do

¹⁴⁷ “Os meios de resolução alternativa de litígios são parte integrante do nosso sistema de Justiça, sendo imprescindível pensá-lo sem os incluir. No entanto, o seu sucesso só acontecerá plenamente quando fizerem parte da cultura social portuguesa.”. GOUVEIA, Mariana França – *Op. Cit.*

¹⁴⁸ SALES, Lília Maia de Moraes - **Mediare: um guia prático para mediadores.** p. 26.

¹⁴⁹ GOUVEIA, Mariana França – *Op. Cit.* p. 36.

¹⁵⁰ DIÁRIO da República Eletrónico. Lei n.º 29/2013 de 19 de abril Lei da Mediação Portuguesa. Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² BARBOSA, Águeda Arruda – *Op. Cit.*

mediador, o profissional especialmente preparado para lidar com as mais diversas situações de conflito ou divergências de opinião.

Como recorda Lilia Maia de Moraes Sales¹⁵³:

A mediação como forma pacífica e participativa de solução de litígio exige das partes envolvidas a discussão sobre os problemas, sobre os comportamentos, sobre direitos e deveres de cada um – todo esse diálogo realizado de forma cooperativa, fortalecendo o compromisso ético com o diálogo honesto.

Eliana Nazareth¹⁵⁴, define mediação como “uma prática social fundamentada teórica e tecnicamente, por meio da qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, colabora com as partes em disputa, os mediandos, para que estes procurem transformar seus conflitos de maneira cooperativa, podendo chegar a um acordo que os beneficie”.

A mediação, de acordo com Vasconcelos-Sousa¹⁵⁵, é uma forma de procurar resolver conflitos através de acordo, na qual as pessoas envolvidas são ajudadas por uma terceira pessoa, um especialista imparcial, escolhido ou aceito pelas partes, que as orienta, com o objetivo de chegar a uma convergência de interesses de forma a satisfazer os objetivos de ambos, oferecendo uma solução satisfatória às partes.

A mediação é um aperfeiçoamento da negociação, o que a leva a um outro patamar, pela participação do terceiro, o mediador, na busca de conciliação das partes por intermédio de um acordo. Por ser uma forma de autocomposição de conflitos, ao mediador não cabe a solução do conflito, mas a intervenção com propósito de auxiliar as partes a resolvê-lo por si.

156

Enquanto a mediação tem a possibilidade de agir, inclusive, antes do conflito estar plenamente estabelecido na relação, ou seja, em seus estágios iniciais, e de ter sua resolução encontrada a partir do diálogo entre as partes com o auxílio do mediador, na arbitragem estes não têm voz ativa e a decisão final sobre o conflito é tomada por um terceiro.

O quadro a seguir aborda diferenças entre negociação, mediação, arbitragem e a via judicial:

¹⁵³ *Op. Cit.* p. 26.

¹⁵⁴ NAZARETH, Eliana Riberti – **Mediação: Uma proposta para um novo tempo.**

¹⁵⁵ VASCONCELOS-SOUSA, José - **O que é mediação.** p.19-20.

¹⁵⁶ SILVA, Cristiana Russo Lima da; SILVA, Eduardo Pordeus; ALMEIDA, José Cezario - **O papel do mediador frente aos conflitos familiares na contemporaneidade.**

NEGOCIAÇÃO	MEDIAÇÃO	ARBITRAGEM	VIA JUDICIAL
Decisão final tomada pelos interessados		Decisão final tomada por terceiros: árbitros ou juízes	
Processo simples	↔	Processo complexo	
Interessados têm maior controlo sobre o resultado	↔	Menor controlo sobre o resultado por parte dos interessados	
Menor custo processual	↔	Maior custo processual	
Voluntário	↔	Geralmente obrigatório	
Havendo sucesso, ambos os lados ganham.	↔	Um lado ganha e outro lado perde	

Fonte: Vasconcelos-Sousa, 2002¹⁵⁷

Como se pode observar do quadro acima, a mediação e a negociação ocupam lado oposto ao da arbitragem e da via judicial em todos os aspectos, sobretudo no aspecto referente à decisão, essa diferença é muito evidente: enquanto na mediação e negociação, a decisão final parte dos interessados, na arbitragem/via judicial, a decisão é tomada pelo juiz, árbitro, ou seja, um terceiro, que age de acordo com suas próprias convicções. Dessa forma, na mediação, o controlo sobre o resultado fica com os próprios mediados, enquanto na via judicial e na arbitragem, é um terceiro que o detém.

Nesse sentido concorda Rossana Martingo Cruz¹⁵⁸, ao afirmar que essa diferença confere maior poder às partes na mediação/negociação, uma vez que a resolução para os conflitos parte delas e é um resultado do diálogo conduzido pelo mediador e observa que “a mediação parte da premissa que as pessoas envolvidas num conflito são as que melhor sabem como resolvê-lo”.

Interessante observar que, embora seja flexível, a mediação é um processo que obedece a certas regras, a uma organização em todos os seus procedimentos. A grosso modo pode parecer que se trata apenas de uma reunião das partes com uma terceira pessoa, mas essa é uma visão equivocada, pois na verdade, trata-se de um processo fundamentado especialmente para o fim a que se propõe, que seja, encontrar um ponto de comum acordo entre as partes, como recorda Mariana França Gouveia¹⁵⁹.

¹⁵⁷ VASCONCELOS-SOUSA, José - **O que é mediação**. p. 21.

¹⁵⁸ CRUZ, Rossana Martingo – *Op. Cit.* p. 33.

¹⁵⁹ *Op. Cit.* p. 48.

A mesma autora ainda aponta que o ponto essencial da mediação é o domínio total do processo pelas partes, uma vez que a mediação parte do pressuposto de que apenas elas é que podem encontrar a solução do problema:

Este princípio fundador da mediação consta das regras legais de mediação se se atentar bem na Lei: ao referir-se a voluntariedade na procura do acordo e a responsabilidade das partes nas suas decisões (artigo 4.º LM), ao definir-se o mediador como alguém que apenas assiste e não impõe (artigo 2.ºb) LM), ao estabelecer-se como dever do mediador que se abstenha de impor qualquer acordo (artigo 26.º b) LM), é claríssima a nota essencial da mediação.¹⁶⁰

Para que a mediação seja exitosa, é importante que haja isonomia de condições entre as partes. Esse equilíbrio de condições atua na promoção de vantagens para ambas as partes, além de atuar na previsão de violências de gênero, ao permitir que os ânimos se acalmem durante as sessões, possibilitando a escuta do outro, sem ideias pré-concebidas, facilitando que a confiança no outro seja restaurada ¹⁶¹.

É importante recordar que a mediação não tem o acordo como propósito final. Embora ele seja o resultado final e satisfatório da mediação, o acordo deve ser a consequência do encontro dos pontos em comum das partes que buscam resolver um conflito, e ele tem a premissa de atender às necessidades, desejos e satisfação dos mediados.

Muito embora haja divergências a respeito da mediação ser apenas facilitadora ou interventora, Mariana França Gouveia¹⁶² pontua que a mediação facilitadora define que o trabalho do mediador seja centrado no restabelecimento do diálogo entre as partes, sendo a sua atuação o mais discreta possível. Já a mediação interventora coloca o mediador em uma posição mais ativa, agindo também no mérito da questão. Na mediação interventora, o mediador tem a possibilidade de apresentar propostas para o acordo, o que é inadmissível na mediação facilitadora.

Independentemente de qual seja a melhor forma de se fazer a mediação, é importante esclarecer que a mediação facilitadora é a que se encontra estabelecida no ordenamento jurídico português. Tal fato é decorrente da nova Lei da Mediação, Lei n.º 29/2013 de 19 de abril, em seu artigo 26.º b), ao determinar que o mediador deve se abster de impor qualquer situação ou acordo às partes. (ANEXO II)

Um outro aspecto que merece consideração, como evidencia Rossana Martingo Cruz¹⁶³, é o fato de que, embora a mediação seja uma importante aliada na hora de livrar a

¹⁶⁰ *Idem*

¹⁶¹ GOMES, Janaína Albuquerque Azevedo - **Os Desafios da mediação internacional. Os impedimentos trazidos pela Lei n.º 13.140/15 sobre mediação ao Projeto Legislativo da Conferência da Haia relativo a Acordos Privados envolvendo crianças.** p.28.

¹⁶² *Op. Cit.* p. 49.

¹⁶³ *Op. Cit.* p. 64.

justiça tradicional do grande número de processos que a afoga, não é esse o seu maior atrativo. Ela se apresenta como alternativa na solução de conflitos especialmente por se adequar melhor a certos litígios, como é o caso da mediação familiar, na qual o mediador terá melhores condições de fazer com que o resultado atingido seja humanizado e que respeite as particularidades de cada família.

A mediação é uma prática que pode ser total ou parcial, uma vez que tanto pode ser focada em um único aspecto da vida do casal, como pode ser bem mais abrangente, envolvendo questões de guarda, alimentos, partilha de bens, bem como regulação do poder parental.

De um modo geral, deve ser solicitada quando a separação já é praticamente inevitável, mas não há impedimento para que aconteça a qualquer momento da separação do casal. O que ocorre é que, quanto mais cedo a mediação for procurada e iniciar sua atuação, mais chance de se obter sucesso no acordo a que os cônjuges vão chegar.

Os objetivos da mediação, abordados por Lilia Maia de Moraes Sales¹⁶⁴ são também características importantes:

- Solução dos conflitos: este é o objectivo primordial da mediação e o caminho para se alcançar esse objetivo é o diálogo, tendo como base a perspectiva positiva da situação, a cooperação entre as partes e a presença do mediador para facilitar a fluência do diálogo. É fundamental para o sucesso que as partes tenham em mente que nesse processo, ambos devem ser vitoriosos, porque apesar do conflito, podem ser encontrados objetivos comuns, o que possibilita um acordo que satisfaça a ambos;
- Prevenção da má administração de conflitos: uma vez que as pessoas já conhecem a mediação e seus métodos, tendo assimilado quão positivos são seus resultados, preferem esse método a cada nova situação conflituosa com que se deparam, ou seja, o método pelo qual a mediação atua favorece a comunicação não violenta entre as partes, possibilitando que cheguem a um acordo e seu cumprimento;
- Inclusão social, como conscientização de direitos e acesso à justiça: por necessitar da participação das partes para se atingir a solução do conflito, dialogando e fazendo suas reflexões acerca de suas responsabilidades, direitos e deveres, a mediação conduz as partes a conclusões acerca dos desdobramentos

¹⁶⁴ SALES, Lília Maia de Moraes - **Mediare: um guia prático para mediadores**. p. 24-26.

de seus atos, seja na sua própria vida, seja nas vidas alheias. Dessa forma, conduz à valorização de cada indivíduo, que passa a se ver e a ser visto como protagonista na solução do conflito;

- Paz social: enquanto muitos acreditam que paz social é apenas a não violência, seja ela física ou moral, na mediação, a paz social só é atingida através da efetivação dos direitos humanos fundamentais. A paz existe quando não há má administração pública, quando o diálogo é buscado para solucionar arestas e maiores conflitos, enfim, quando a competição é substituída pela cooperação.

Como argumenta Lília Maia de Moraes Sales¹⁶⁵:

Não se pode falar em efetividade da paz social quando se verifica a existência de pessoas famintas, de elevado índice de desemprego, de trabalho escravo e infantil, de prostituição infantil, de tráfico de droga, de péssima qualidade de moradias, de baixo nível e serviço público de saúde e de educação, de discriminação racial, de tortura nas delegacias e nos presídios.

Para que a mediação se concretize de maneira exitosa, é necessário que o mediador seja bastante observador em relação a algumas coisas, e a principal delas é se existe o desejo de ambas as partes de que o conflito seja solucionado e que ambos tenham chegado à mediação por livre e espontânea vontade, ambos munidos do desejo de chegar a um consenso e dispostos a partilhar pensamentos e informações que sejam pertinentes ao processo.

A comunicação nesse meio de solução de conflito é de suma importância para que o desfecho da mediação seja favorável a todos os envolvidos, até mesmo porque neste mecanismo não há perdedor, e sim vencedores.¹⁶⁶

Outra característica importante da mediação, como recorda Müller¹⁶⁷, é a sua capacidade de expandir as discussões para além das questões jurídicas na busca do acordo, uma vez que nesse campo, nem sempre são as leis que vão nortear a solução, mas o diálogo e seus desdobramentos.

Pereira¹⁶⁸ enfatiza a dificuldade de se mediar uma causa onde uma das partes detém a maioria ou mesmo todos os poderes na relação, pois este tende a não ter intenção de abdicar desses poderes em favor da outra parte, levando o mediador a precisar agir como um agente redistribuidor de poderes, o que dificulta a conclusão do processo. Além disso, afirma que

¹⁶⁵ *Op. Cit.* p. 26.

¹⁶⁶ De acordo com William Ury, “A manobra decisiva é mudar a nossa atitude básica em relação aos outros de tomar para doar. De início, podemos dar para receber, até que aprendemos a dar sem esperar um retorno direto e, finalmente, aprendemos a dar para realizar nosso propósito. Ao mudar nosso padrão básico para doar, não só chegamos ao sim com nós mesmos, experimentando uma satisfação interior, mas também temos mais facilidade em chegar ao sim com os outros, alcançando o sucesso exterior. Inicia-se, assim, um ciclo de dar e receber que não tem fim”. URY, William – **Como chegar ao sim com você mesmo**. p. 126.

¹⁶⁷ MÜLLER, Fernanda Graudenz - **Competências profissionais do mediador de conflitos familiares**. p.36

¹⁶⁸ PEREIRA, Vânia Rita da Silva - **Princípios, práticas e métodos da mediação familiar**.

quando um dos cônjuges não concorda com a separação, ou quando demonstra crer fortemente na culpa do outro, a mediação torna-se inviável, pois o cônjuge em negação sempre criará empecilhos para o desenrolar do processo.

Se as partes estiverem vivenciando a situação de conflito há muito tempo também se evidencia a grande dificuldade na mediação, pois nesse caso, as partes normalmente recorrem à ajuda profissional para a solução dos conflitos. Muitas vezes a ajuda procurada é de um psicólogo ou um advogado e se o profissional não conseguir ajudar para que seja estabelecido um diálogo entre as partes, fica muito difícil para o mediador conquistar a confiança necessária por parte dos cônjuges, pelo desgaste ocasionado pelas tentativas sem sucesso¹⁶⁹.

2.2 Histórico

O convívio humano e social sempre foi palco de conflitos e disputas, sendo possível depreender que, em virtude disso, as sociedades criaram seus métodos para que os conflitos pudessem ser resolvidos na história da humanidade, independentemente do seu lugar no tempo, no espaço e nas culturas dos povos. Pode-se afirmar com segurança que a mediação não pode ser considerada uma inovação na resolução de situações conflituosas, pois já há muito que é vista como prática cultural entre os povos, sendo adaptada a cada sociedade e momento histórico, de acordo com os hábitos e práticas de cada povo.

O exercício da mediação existe há tanto tempo quanto existem os conflitos, seja entre pessoas ou entre grupos, figurando inclusive no texto bíblico, sob a figura de Moisés como o conciliador, que procurava promover a paz entre as pessoas. No sentido mais contemporâneo do termo, vê-se a prática da mediação como a principal forma de se resolver conflitos na China e no Japão já há séculos e atualmente, os Comitês de Mediação popular na China são a principal instituição de mediação, resolvendo milhões de conflitos, todos os anos no país.

Além dessas, muitas outras culturas também se utilizavam de métodos informais para resolver seus conflitos e da mesma forma, se vê a mediação sendo utilizada no direito internacional público, até chegar no movimento contemporâneo conhecido como *Alternative Dispute Resolution* (ADR) surgido nos Estados Unidos¹⁷⁰.

Nesse sentido concorda Águida Arruda Barbosa¹⁷¹, ao citar que a história da mediação, inicia-se na década de 70, nos Estados Unidos, junto com o movimento de “acesso

¹⁶⁹ MÜLLER, Fernanda Graudenz - *Op. Cit.* p.36.

¹⁷⁰ SCHNEEBALG, Avi - **Uma breve história da mediação.**

¹⁷¹ *Op. Cit.*

à justiça”, que buscava mais celeridade nos mecanismos legais, com o objetivo de desafogar o sistema judiciário e também sob a influência cultural dos imigrantes chineses que lá chegavam.

O movimento ADR (*Alternative Dispute Resolution*) encontrou eco em todos os estados dos Estados Unidos da América, que votaram leis que favoreciam a sua utilização, tornando-a praticamente obrigatória em quase todos os tribunais estaduais e culminando com a *Alternative Dispute Resolution Act* entrando em vigor em outubro de 1998 para todos os tribunais Federais. Inclusive, em seu artigo 3.º, o *Alternative Dispute Resolution Act* fica estabelecido seu funcionamento como sendo “todos os processos ou procedimentos nos quais participe um terceiro neutro, que não seja o juiz competente, com o objetivo de facilitar a resolução do litígio por métodos tais como a avaliação independente, a conciliação, o mini julgamento ou a arbitragem.”¹⁷²

Rapidamente chega ao Canadá onde, no estado de Quebec, em setembro de 1977, foi promulgada uma lei que determinava que o casal e as crianças que estivessem envolvidos em um conflito familiar teriam acesso a uma sessão de informação e cinco sessões de mediação, sem que tivessem que arcar com esses custos. Os projectos canadenses estabeleceram na população um clima favorável à mediação, facilitando sua chegada a outros países da América Latina, do Oriente, da Austrália e Nova Zelândia¹⁷³.

Paralelo a isso, a mediação também é acolhida na Grã-Bretanha, sendo que o primeiro serviço para mediação familiar foi instaurado em 1978 e logo expandiu-se por toda a Inglaterra, impulsionado pelo movimento “*Parents Forever*”. Em 1990, em Londres, é construído o CEDR – *Center for Effective Dispute Resolution*, que tendo como alicerce o novo código civil inglês, oferece um papel de destaque à mediação.¹⁷⁴

Em Quebec, o instituto da mediação foi adaptado à língua francesa, facilitando sua chegada à França em 1980, e em 1995 a mediação é introduzida no novo código civil, com a permissão ao juiz de suspender o processo por três meses, com possibilidade dessa suspensão ser renovada uma vez, para que a mediação possa buscar a solução do conflito e, havendo o acordo, o juiz pode conferir a ele a força executória¹⁷⁵.

Ainda na França e no mesmo ano, a Lei n.º 95-125, cujo escopo está relacionado à

¹⁷² SCHNEEBALG, Avi. *Op. Cit.* p.35.

¹⁷³ *Idem.* p.36.

¹⁷⁴ “O novo código civil inglês, (...) reserva um papel importante à ADR em geral e à mediação em particular, permitindo mesmo ao juiz, em certos casos, obrigar a parte ganhante a suportar os custos do processo quando essa parte tenha recusado a utilização de um método de resolução alternativa de litígio”. Schneebalg, Avi. *Op. Cit.*

¹⁷⁵ BARBOSA, Águida Arruda. *Op. Cit.* .

organização das jurisdições e ao processo civil, penal e administrativo, é promulgada com o objetivo de regulamentar a mediação judiciária e é da França que vem a contribuição para que esta seja desenvolvida por meio da substituição do pensamento binário pelo pensamento ternário, como aponta Barbosa¹⁷⁶:

O pensar binário é a expressão da lógica clássica, do pensar cartesiano, que se limita a uma única alternativa: certo ou errado, bom ou mal, culpado ou inocente. Já o pensamento ternário vem estruturado em diversas alternativas, ou seja, entre culpado ou inocente há uma gama de alternativas, em virtude das diferenças dos protagonistas. É uma outra maneira de conceituar a escala axiomática de culpado ou inocente. Enfim, é no pensamento ternário que repousa o conceito filosófico da mediação. O homem atual deve ser compreendido sob o enfoque dos reflexos da globalização, da velocidade das comunicações e da inversão de valores, como por exemplo, entre o real e o virtual: só é real o que passa na televisão. Esta máxima, de conteúdo binário, acarreta uma crise de identidade sem precedentes, e, para superá-la, o homem busca alternativas mais dignas e humanas, que privilegiem a distinção, a diferença, a individuação. Enfim, aproximar sem confundir.

Da França, o instituto da mediação encontrou seu caminho para outros países da Europa, como Itália, Holanda e Bélgica.

Como recorda Paula Lucas Rios¹⁷⁷, no que se refere a Portugal, a primeira estrutura ligada à mediação foi o Instituto Português de Mediação Familiar, em 1993, como uma iniciativa de profissionais da psicologia e de terapeutas familiares, juntamente com magistrados e juristas e, em 1997 é instituída a Associação Nacional para a Mediação Familiar, formada por esses profissionais, todos com formação na área de mediação familiar. Essa associação tem como objetivo promover e dinamizar a mediação familiar, além de promover e colaborar na formação de novos mediadores, auxiliando na normatização do exercício da profissão.

Neste mesmo ano, o Despacho n.º 12.368/97 do Ministro da Justiça determina a criação do Gabinete de Mediação Familiar (GMF), com o fim específico de garantir o acesso à população de Lisboa a um serviço público de mediação familiar em casos de separação e divórcio, com atuação restrita às situações em que houvesse conflito parental dentro da competência da comarca de Lisboa, tendo como parte de suas principais atribuições garantir o atendimento aos utentes, além da orientação, mediação e acompanhamento das situações de conflito parental¹⁷⁸.

No Brasil, os primeiros registos datam da década de 1980, com a atuação nas Delegacias Regionais do Trabalho que passaram a buscar soluções através do diálogo em acordos que pudessem satisfazer a ambos os lados da disputa. Na área de direito da família,

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ RIOS, Paula Lucas - **Mediação familiar. Estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal**. p. 5-6.

¹⁷⁸ *Idem – Ibidem*.

nos anos 90, advogados brasileiros procuraram formação em mediação familiar e em 1994 cria-se o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB), a primeira instituição com objectivo de divulgar a mediação e prover formação na área, o que se configurou como o primeiro programa de formação de mediadores no país, com a possibilidade de os formandos atuarem gratuitamente no atendimento à população¹⁷⁹.

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) foi formado em 1997 a partir da união de várias instituições de mediação e arbitragem, com o objetivo de difundir a ideia de que não era necessário que se recorresse aos procedimentos judiciais para que se resolvessem quaisquer conflitos. Tal ação viria a fortalecer a prática da mediação e com isso, também fortalecendo a formação dos profissionais e tornando possível a existência de casos, por exemplo, em que juízes interrompem o processo judicial (especialmente em casos de direito de família) para orientar as partes que recorram à mediação como forma de resolver seus conflitos de forma mais satisfatória para ambos¹⁸⁰.

Já em Portugal, como recorda Anabela Quintanilha¹⁸¹, os primeiros movimentos da mediação se refletem na criação dos Centros de Arbitragem e em 1994/95 surgiu a primeira turma de mediadores familiares, muitos entusiastas da mediação “com vontade de tornar real a disponibilização ao cidadão de serviços de mediação que lhes permitissem diversidade de escolha, responsabilização por essa escolha e envolvimento num processo personalizado de busca de soluções para o caso concreto”.

Em 1997 é constituída a Associação Nacional para a Mediação Familiar – Portugal, cuja ação culmina com a criação do Gabinete Público de Mediação Familiar, que viria a iniciar seu funcionamento em 15 de setembro de 1999. O mesmo viria a ser reestruturado por meio do Despacho n.º 18.778/2007 de 13 de Julho, originando o Sistema de Mediação Familiar Público, que funciona em todos os distritos com os espaços físicos utilizados para a mediação cedidos pelas autarquias, na maioria dos casos¹⁸².

Contemporaneamente, a mediação familiar é abordada na Constituição da República Portuguesa¹⁸³ em seu artigo 202.º, parágrafo n.º 4, em cujo texto consta que a “lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”.

Da mesma forma, a Lei n.º 61/2008¹⁸⁴, que altera o regime jurídico do divórcio, também incentiva a mediação, ao incluir no Código Civil o artigo 1774, que diz: “Antes do

¹⁷⁹ VEZZULLA, Carlos - **A mediação no Brasil**.

¹⁸⁰ *Idem*.

¹⁸¹ QUINTANILHA, Anabela - **Sistemas de mediação familiar**. p.24 - 25.

¹⁸² VEZZULLA, Carlos - *Op. Cit.*

¹⁸³ *Op. Cit.*

¹⁸⁴ LEI n.º 61/2008 de 31 de outubro - Altera o regime jurídico do divórcio.

início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar”.

Em 2013, Portugal aprovou a Lei da Mediação, consagrando esse instrumento como um dos mais importantes meios de resolução de litígios na atualidade. A Lei n.º 29/2013 “estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.” Como recordam Dulce Lopes e Afonso Patrão¹⁸⁵, até que essa lei entrasse em vigor, as normas que orientavam a mediação como uma ferramenta para resolução de litígios encontravam-se dispersas, dificultando a compreensão a respeito desse instrumento. (ANEXO II).

2.3. Comparativo entre a mediação no Brasil e em Portugal

Tanto no Brasil quanto em Portugal, a mediação, por seus valores pedagógicos implícitos, apresentou-se como mais um caminho para facilitar a compreensão a respeito da responsabilidade social que cada pessoa tem com o estabelecimento de uma ordem jurídica que seja justa. Sendo assim, os dois países colocam à serviço da população todo um arcabouço jurídico para facilitar a resolução de conflitos, tanto dentro dos tribunais como fora deles.

Seu reconhecimento deu-se, especialmente, através da promulgação das Leis 13.140/2015 no Brasil e 29/2013 em Portugal, que proporcionaram à essas leis a necessária credibilidade para que pudessem ser aplicadas de forma correta e assim, atingir a eficiência de sua proposta¹⁸⁶.

No Brasil, o fato da Lei n.º 13.140 ter levado até 2015 para ser aceita, permitiu que ela tivesse uma aplicação mais ampla, em virtude de ser mais bem conhecida pelos legisladores brasileiros, que publicaram boas obras sobre o assunto, sendo que em 2015 e 2016 surgem o Novo Código de Processo Civil¹⁸⁷ e a Lei da Mediação, portadores, os dois, de boas propostas para divulgar e estimular seu uso em território nacional. Já em Portugal, a consolidação da mediação foi importante para dar-lhe credibilidade, que consequentemente

¹⁸⁵ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – *Op. Cit.*

¹⁸⁶ ALVES, Magda Claro - **Mediação de conflitos: uma alternativa para a paz social em Portugal e no Brasil**. Universidade do Porto, 2017. p.40. Dissertação de Mestrado. p. 36.

¹⁸⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Lei n.º 13.105/2015, de 16 de março. **Diário Oficial da União**.

estimulou seu uso e foi fundamental na propagação de seu uso como instrumento auxiliar na resolução de conflitos fora dos meios judiciais¹⁸⁸.

A mediação nos dois países se assenta sobre três eixos, que são:

- A possibilidade de solução de conflitos fora da via judicial;
- A vontade das partes;
- Existência do mediador imparcial e sem poder de decisão para auxiliar as partes a chegarem a um acordo.

Partindo desse princípio deduz-se que ambas as legislações possuem eixos norteadores semelhantes, além de serem bastante parecidos entre si, como se pode observar que, na lei portuguesa, os princípios da mediação são discriminados nos artigos de 4 a 9, que são a voluntariedade, a confidencialidade, a igualdade e a imparcialidade, a independência, a competência e a responsabilidade, e por fim, a executoriedade. Já na legislação brasileira, no artigo 2.º, incisos de I a VIII encontram-se discriminados a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé¹⁸⁹.

Embora todas as semelhanças, é importante destacar que a legislação portuguesa não contempla as causas de natureza administrativa e fiscal, enquanto na legislação brasileira, o Capítulo II possui mecanismos para reger a autocomposição de conflitos nos quais uma das partes seja pessoa jurídica de direito público.

Também é digno de nota que em ambas as legislações o princípio da confidencialidade não é absoluto, como fica explícito no artigo 5.º, n.º 3, da legislação portuguesa, e no art. 30 da legislação brasileira.

De um modo amplo, Portugal ainda tem o incentivo de toda a União Europeia, de onde emanou essa legislação, o que garante maior possibilidade de sucesso na sua implantação, além da capilaridade de uma grande organização dos sistemas públicos de mediação, facilitando à população o acesso à mediação¹⁹⁰.

A Mediação no Brasil é regulamentada pela Lei n.º 13.140¹⁹¹, de junho de 2015, com a seguinte redação:

Art. 1.º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

¹⁸⁸ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Lei n.º 13.105/2015, de 16 de março. **Diário Oficial da União**. p.40.

¹⁸⁹ ALMEIDA FILHO, Roberto Nóbrega - **O Instituto da mediação no contexto jurídico luso-brasileiro**.

¹⁹⁰ ALVES, Magda Claro - *Op. Cit.* p.36.

¹⁹¹ LEI n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

O mesmo texto, no seu artigo 2.º, define que 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.

Além disso, estabelece que:

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

§ 2.º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Art. 3.º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1.º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2.º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Já a mediação familiar, que varia de acordo com o país, tem sua base estabelecida sobre os princípios a seguir¹⁹²:

- Voluntariedade;
- Terceiro dotado de imparcialidade/neutralidade;
- Consensualidade;
- Caráter iminentemente pessoal;
- Flexibilidade;
- Informação jurídica e assessoria técnica;
- Confidencialidade;
- Extrajudicialidade.

¹⁹² RIOS, Paula Lucas. *Op. Cit.* p. 10 - 14.

Segundo o princípio da **Voluntariedade**, as partes são livres para solicitar o concurso da mediação na busca de solucionar seus conflitos, assim como o são para desistir da mediação se lhes aprouver, em qualquer momento que seja, pois, em nenhum momento, a mediação poderá ser obrigatória, além de que o próprio mediador tem a possibilidade de interromper o processo caso sinta que a ética está sendo ferida em algum momento¹⁹³, o que significa dizer que o que é obrigatório é a escolha entre a mediação e a via judicial, mas uma vez escolhido se é judicial ou extrajudicial, é totalmente voluntária a permanência nesta via¹⁹⁴.

Pereira¹⁹⁵ recorda que mesmo sendo voluntária, a mediação pode ser aconselhada pelas instâncias judiciais, pois muitos casais não sabem dos benefícios que podem ser atingidos por meio de seu concurso e muitos ainda nem sabem de sua existência, portanto, só poderão solicitar o seu auxílio se efetivamente souberem que a mediação existe e quais os benefícios pode oferecer.

O mediador também precisará observar se houve ou se é possível prever a existência no futuro, de algum tipo de violência contra alguma das partes, bem como os efeitos que essa violência poderá gerar, analisando se o processo de mediação é indicado para cada situação em particular, assim como deve observar se há indícios de quaisquer hábitos, como alcoolismo ou dependência química, ou ainda problemas psiquiátricos que possam afetar o livre arbítrio, de forma a garantir que a mediação é o real exercício da vontade da pessoa em questão.

O princípio do **Terceiro dotado de imparcialidade/neutralidade** garante às partes envolvidas que o mediador será imparcial, neutro em relação a todas as pessoas envolvidas e que respeitará seus pontos de vista, tendo como premissa básica a igualdade entre as partes diante da situação a qual está mediando, além de não ter o direito de impor nenhuma solução para o caso¹⁹⁶.

Já de acordo com o princípio da **Consensualidade**, fica estabelecido que o objetivo da mediação é chegar a um ponto onde as partes envolvidas sintam-se atendidas em seus desejos e necessidades, o que só é possível ser atingido se for em consenso¹⁹⁷.

O princípio do **Caráter iminentemente pessoal** exige que as partes participem pessoalmente das reuniões de mediação e o princípio da **Flexibilidade** estabelece a

¹⁹³ QUINTANILHA, Anabela. *Op. Cit.* p.51.

¹⁹⁴ ALVES, Magda Claro. *Op. Cit.* p.37.

¹⁹⁵ PEREIRA, Vânia Rita da Silva. *Op. Cit.* p.28.

¹⁹⁶ RIOS, Paula Lucas. *Op. Cit.* p.11.

¹⁹⁷ QUINTANILHA, Anabela. *Op. Cit.* p.51.

necessidade de o processo de mediação ser personalizado para cada caso, buscando atender aos seus desejos e necessidades com soluções que sejam adaptadas a cada caso¹⁹⁸.

Como premissa do princípio da **Informação jurídica e assessoria técnica**, está definido que o mediador tem a possibilidade de dar informações jurídicas, entretanto este encontra-se impossibilitado de prestar uma assessoria jurídica a qualquer uma das partes, devendo informá-las da necessidade de consultar um advogado nas situações em que o caso mostre que a colaboração desse profissional seja necessária¹⁹⁹.

Há ainda o princípio da **Confidencialidade**²⁰⁰, que garante que todo e qualquer assunto abordado durante a sessão serão mantidos em sigilo, não podendo ser utilizadas posteriormente, salvo haja algum acordo nesse sentido entre as partes ou ainda nos casos pré-estabelecidos pelo Direito.

Esse princípio determina que as partes deverão manter o conteúdo das sessões em sigilo e que abdicam da possibilidade de indicar o mediador como testemunha em qualquer outro processo cuja informação possa ser útil a qualquer uma das partes. Além disso, o mediador não poderá usar as informações que possui em benefício de um ou de outro, não podendo atuar em outros casos como perito.

Como recorda Pereira²⁰¹, confidencialidade não significa segredo e, no caso da mediação, é importante que fique claro a todos que deve haver confidencialidade em relação ao que se aborda na sala de mediação para o exterior, mas que não é recomendável que haja segredos no contexto da mediação.

É importante ressaltar que não fica sujeita ao princípio de confidencialidade qualquer informação que não seja de cunho estritamente pessoal ou que represente ameaça à vida, à integridade física ou psicológica de outra pessoa, devendo o mediador observar se há risco para alguém caso a informação permaneça oculta, ou seja, o mediador tem o dever de informar às partes que a confidencialidade é limitada e que não será mantida por ele, caso se depare com situações que envolvam violência ou abuso.

E por fim, o princípio de **Extrajudicialidade**, segundo o qual a mediação tem total autonomia diante do poder judicial, podendo utilizá-lo em seu favor para que os resultados obtidos durante as sessões de mediação possam ser consolidados por meio da homologação judicial. Isso implica dizer que a mediação pode acontecer em qualquer momento de um

¹⁹⁸ RIOS, Paula Lucas. *Op. Cit.* p. 12.

¹⁹⁹ *Idem.* p.12.

²⁰⁰ *Idem.* p.13.

²⁰¹ PEREIRA, Vânia Rita da Silva. *Op. Cit.* p. 29.

processo judicial, bem como pode acontecer sem que haja um processo judicial já em curso²⁰².

Uma vez que a mediação seja iniciada, deve ser interrompida a instância judicial para que a mediação tenha condições de conduzir suas práticas, o que não deve representar impedimento para que a entidade judiciária venha a tomar decisões urgentes em relação à proteção das partes envolvidas, ou ainda seus filhos ou seu património. A autoridade judiciária então, deve ser informada sobre o seguimento da mediação, assim como se foi atingido um consenso entre as partes, dando solução ao conflito.

2.4 A mediação familiar

Como apontam Farinha e Lavadinho, a mediação familiar é uma ferramenta de resolução de conflitos em ascensão no mundo. Diante dos seus objectivos e vantagens, esse mecanismo tem crescido bastante devido a seu procedimento ser mais célere, económico e sem maiores desgastes psicológicos para os pais e para os filhos²⁰³.

Essa possibilidade de se resolver conflitos fora do âmbito judicial criou forças devido às transformações verificadas no direito da família, tais como a possibilidade do divórcio, a garantia constitucional da igualdade entre os cônjuges e a privatização do direito da família.

Como o tribunal é um local frio, sem espaço para a expressão das emoções e sentimentos, a mediação familiar vem colaborar nesse sentido, pois, ao oferecer suporte emocional às famílias, podendo contar com o trabalho interdisciplinar de advogados, psicólogos e assistentes sociais, atende a esse aspecto, auxiliando na redação de acordos que atendam a todos, especialmente as crianças e adolescentes.

Não seria possível falar em mediação familiar se antes disso não tivesse existido o divórcio e a garantia de igualdade entre os cônjuges. Este último deu ensejo a uma preocupação com as crianças depois do divórcio, seu bem-estar e manutenção, começando a suscitar pensamentos a respeito da guarda conjunta, mesmo após o fim do vínculo matrimonial entre os pais, como recorda Rossana Martingo Cruz²⁰⁴.

²⁰² RIOS, Paula Lucas. *Op. Cit.* p.13.

²⁰³ “A Mediação Familiar pretende contribuir para evitar o confronto do julgamento, prevenir o incumprimento das sentenças e fomentar a participação e a responsabilidade de ambos os progenitores, relativamente aos vários aspectos da Regulação do Exercício do Poder Parental, por forma a garantir que ambos continuem a exercer as suas funções”. *Op. Cit.*

²⁰⁴ *Op. Cit.* p.55 - 56.

Mesmo sendo possível se conceitualizar a mediação de várias formas, alguns aspectos relativos a essa instituição são imutáveis, como recorda Rossana Martingo Cruz²⁰⁵:

- A vontade soberana do casal de dela participarem;
- A existência do mediador, neutro e independente;
- A ruptura da comunicação entre as partes, decorrente do divórcio ou separação, ensejando a necessidade do mediador;
- A busca por um ponto em comum, um consenso para restauração do diálogo e para atender às necessidades de todos os envolvidos.

A mediação familiar se debruça especificamente sobre o casamento e o divórcio, como recorda Vânia Rita da Silva Pereira²⁰⁶, sempre levando em consideração os aspectos culturais sobre os quais se baseiam as sociedades. Isso implica em dizer que as sociedades têm adquirido novos valores norteadores, o mesmo se aplicando aos referentes ao casamento, família e valorização da realização pessoal, diferentemente do que ocorria tempos atrás.

O divórcio, como manifestação do conflito familiar, traz consigo diversas complicações que envolvem a divisão de bens do casal, a guarda dos filhos, essas de ordem jurídica, mas também traz outras questões, como as de ordem psicológica e emocional, tanto do casal como dos filhos.

Por estar em crescimento a atenção dada pelo sistema judiciário para essas questões mais subjetivas, relativas a sentimentos e emoções, torna-se difícil que este decida-se de forma satisfatória em relação às necessidades de todos os envolvidos na questão.

O conflito, como argumentam Oliveira e Crepaldi²⁰⁷, é um conjunto de situações que vão se estabelecendo de forma gradual, cumulativa, não sendo possível se estabelecer em qual momento se deu seu início, mas sim, o momento em que o problema emergiu. Encontra-se camuflado, diluído na convivência cotidiana, até que ele se revela, já bem maior do que se espera e bem mais difícil de se lidar com sua existência.

A respeito do surgimento e da solução do conflito, o ideal é que as pessoas usem da reflexão para juntas, encontrarem a solução, baseando-se na confiança, na compreensão e no afeto que existiu, especialmente se convivem juntas ou se possuem laços que deverão permanecer, mesmo em caso de ruptura do laço conjugal, como é o caso dos filhos, pois essa construção através da reflexão os ajudará em situações futuras. Devido a vários fatores, uma vez que não se pode evitar o surgimento do conflito, o ideal é que se possa utilizar a reflexão,

²⁰⁵ *Idem.* p.61.

²⁰⁶ *Op. Cit.* p.26.

²⁰⁷ *Op. Cit.* p. 92-110.

compreensão, da confiança e do afeto existentes entre duas pessoas para resolvê-lo de maneira que a amizade permaneça protegida²⁰⁸.

Vânia Pereira²⁰⁹ concorda, ao lembrar que os conflitos familiares podem ser resolvidos pela mediação, que pode ser definida como o processo no qual o casal, tendo se decidido pelo divórcio, solicitam por vontade própria, a ajuda de um terceiro para resolver seus conflitos, com o objetivo de chegar a um acordo que satisfaça a ambos e que atenda às suas necessidades e, mais especialmente, às necessidades dos seus filhos.

Os conflitos familiares, pois, encontram na mediação um importante auxílio em sua solução, uma vez que atende tanto à necessidade de solução do conflito como ainda mantém um olhar atento às pessoas envolvidas, dedicando atenção às suas dores e necessidades.

A mediação então, figura como a melhor possibilidade de solução, pois a presença da terceira pessoa, neutra, sem poder nenhum de decisão nem de influência sobre as partes e de forma informal, facilita o encontro das respostas pelas partes, chegando assim a uma solução aceitável para o problema. Ou seja, na verdade, são as próprias pessoas envolvidas no conflito quem serão as responsáveis por chegar à uma solução que vai lhes satisfazer da melhor forma, por intermédio do mediador²¹⁰.

Nesse sentido, Farinha e Lavadinho²¹¹ consideram que:

A mediação familiar pretende contribuir para evitar o confronto do julgamento, prevenir o incumprimento das sentenças e fomentar a participação e a responsabilidade de ambos os progenitores, relativamente aos vários aspectos da Regulação do Exercício do Poder Paternal, por forma a garantir que ambos continuem a exercer as suas funções parentais.

O principal objectivo da mediação familiar, como aponta Paula Gaspar²¹², é restaurar o bem-estar dos cônjuges enquanto isso ainda pode ser feito, embora não se acredite que esse seja o verdadeiro motivo pelos quais a mediação é procurada, pois a mediação não atua como terapia e o mediador não tem o poder de tratar as relações nem de decidir nada pelo casal.

Ocorre que o olhar da mediação não se detém no valor do casamento para o casal, mas estende-se especialmente no acompanhamento dado aos filhos, após o fim da relação, sem perder de vista a interferência que a relação do casal exerce sobre a relação deste para com seus filhos.

²⁰⁸ SILVA, Brunna Regina Mélo dos Santos. *Op. Cit.*

²⁰⁹ *Op. Cit.* p.42.

²¹⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. *Op. Cit.* p. 26.

²¹¹ *Op. Cit.* p.19.

²¹² *Op. Cit.* p.55.

Também corroboram nesse sentido Farinha e Lavadinho²¹³, quando enfatizam que os objetivos da mediação familiar são:

- O oferecimento de um serviço que atenda às necessidades jurídicas e afectivas de um casal decidido pela separação, tendo como foco principal a salvaguarda dos interesses de seus filhos menores de idade;
- Contribuir para que o casal encontre a solução para seus problemas, atendendo às necessidades de seus filhos e as próprias;
- Facilitar o diálogo do casal, reduzindo os conflitos e auxiliando a ultrapassar a fase inicial, muitas vezes a mais complicada do processo de separação.

Oliveira e Crepaldi²¹⁴ refletem que a mediação se apresenta como o meio mais adequado na solução de conflitos familiares, uma vez que utiliza o diálogo e o consenso para instar os cônjuges a trilharem o caminho do respeito e da consideração mútuos. Também deve ser considerado que a mediação é flexível, adaptável aos conflitos e suas motivações e ainda por, muitas vezes, os conflitos terem sido causados pela falta de comunicação entre as pessoas da família.

Como vantagens para a mediação, Farinha e Lavadinho²¹⁵ apontam, entre outras, o fato de ser voluntária, rápida, econômica, consensual, de evitar que o conflito se mantenha indefinidamente, estimular o laço paterno-filial e de gerar alternativas criativas, por respeitar e estimular que o casal busque suas próprias soluções ao conflito.

Embora a decisão de permanecer em processo de mediação seja voluntária, os caminhos para que as partes cheguem a ela podem variar²¹⁶. Elas podem chegar à mediação por vontade e decisão próprias ou podem ser encaminhadas a ela por meio de seus advogados, pelo Ministério Público ou mesmo pelo tribunal, quando procuram inicialmente essas outras instâncias.

A família é um núcleo que une as pessoas por meio do parentesco ou do afeto, da aliança, e como todo grupo é passível de produzir conflitos, seja na defesa das ideias, posições pessoais, propósitos ou desejos. Como exemplo de situações que promovem os conflitos familiares, podem ser citadas as separações, os divórcios e seus desdobramentos, tais como pensão, guarda, divisão de patrimônio, visitas dos filhos, partilhas de herança, além de outros conflitos que decorrem da convivência ou do trabalho conjunto em empresas familiares.

²¹³ *Op. Cit.* p.19 - 20.

²¹⁴ *Op. Cit.*

²¹⁵ *Op. Cit.* p.20.

²¹⁶ RIOS, Paula Lucas. *Op. Cit.* p. 3-10.

Um dos principais objectivos da mediação familiar é preservar, em primeiro lugar, o interesse dos filhos menores no caso de divórcio dos seus pais. Visa também facilitar a comunicação do casal na fase da separação. Aliás, como afirma Rossana Martingo Cruz²¹⁷ esse é o grande desafio da mediação familiar: o restabelecimento da comunicação entre o casal.

Como afirma Tânia Almeida²¹⁸:

Mais importante do que buscar o consenso, o trabalho com relações familiares em desacordo deve visar manter a interlocução, mesmo na vigência de desentendimento, instaurar ou restaurar a colaboração, criar possibilidades para que as diferentes versões sejam legitimadas e os distintos discursos tenham voz e vez.

A primeira necessidade da mediação em caso de divórcio é estabelecer os filhos como o primeiro interesse a ser cuidado e preservado e para isso, é imperioso que o “casal se divorcie como marido e mulher (casal conjugal), mas não como pai e mãe (casal parental)”²¹⁹, e essa diferenciação do conceito entre casal conjugal e casal parental é fundamental para garantir a segurança emocional dos filhos.

É importante considerar também que os temas que envolvem os filhos necessitam ser revistos periodicamente, exigindo que os pais se disponham permanentemente a ser flexíveis e cooperativos nos assuntos que tangem a esse tema, pois os divórcios exigem que a parentalidade tenha a capacidade de se reinventar em função da qualidade de vida dos filhos e nesse aspecto, a mediação tem muito a contribuir.

Tendo ganhado forças a partir da necessidade de celeridade no acompanhamento das transformações observadas no âmbito do direito de família, a mediação familiar tem se mostrado bastante útil em situações de divórcio.

Como recorda Fagundes²²⁰, a mediação é a forma mais eficaz de se solucionar casos relacionados ao direito de família, por buscar a melhor reconciliação entre os envolvidos. Este é um processo voluntário, e as partes podem contar com a ajuda de profissionais especializados para buscarem a solução dos conflitos em um espaço neutro no qual se busca atender aos interesses das partes da melhor forma possível.

A mediação familiar é uma ferramenta na resolução de conflitos cujo crescimento é possível de se verificar em várias partes do mundo, por se configurar em um método rápido, econômico e que evita a ocorrência de maiores desgastes emocionais e psicológicos para

²¹⁷ *Op. Cit.* p.62 – 63.

²¹⁸ ALMEIDA, Tania - **A Mediação familiar**. p.138.

²¹⁹ *Idem – Ibidem.* p.139.

²²⁰ FAGUNDES, Giovane Rampazzo - **A Mediação como solução para o conflito da alienação parental na guarda compartilhada**. p. 8.

todas as partes.²²¹

No sentido de ser um procedimento menos desgastante emocionalmente, concorda Cruz²²², que cita Daniel Eliçabe-Urriolao ao elencar os custos não financeiros do prolongamento indefinido do conflito familiar:

Surgem custos sociais e humanos altíssimos como o decréscimo da produtividade laboral das pessoas afectadas por estes conflitos, problemas de saúde derivados do stress, problemas de aprendizagem dos filhos, entre muitos outros. Se todos estes factores forem computados a mediação familiar revelar-se-á indubitavelmente vantajosa.

A mediação, estreitamente ligada ao processo de divórcio, surgiu, como afirma Rossana Martingo Cruz, em decorrência da falta de aptidão dos tribunais para resolver os problemas relacionados ao divórcio e apresenta a vantagem de ser mais rápida e econômica que a tramitação em tribunais. Ressalta-se que ao tratar da economia no mecanismo da mediação, esta não se refere apenas à questão financeira mas também à emocional.²²³

Objectivando preservar o interesse dos filhos menores em caso de divórcio dos seus pais, a mediação familiar também é um instrumento que visa facilitar a comunicação do casal durante a fase da separação, que é fundamental para que o processo chegue ao seu fim com todos os envolvidos sendo favorecidos pelo seu desfecho, em um cenário em que todos terminam sendo satisfeitos com solução que o mediador ajudou a encontrar. Nesse caso, o mediador tem um precioso papel de ajudar a transformar a mentalidade ganha-perde em mentalidade ganha-ganha²²⁴.

Mesmo tendo em vista todas as vantagens apresentadas pela mediação, não se pode vê-la como uma solução mágica, funcionando plenamente em todos os casos. Infelizmente existem situações em que a mediação não pode resolver o conflito e é importante que essa realidade seja mantida em mente e que as partes saibam disso. A mediação familiar, como

²²¹ FARINHA, António; LAVADINHO, Conceição – *Op. Cit.* p. 19 - 20.

²²² *Op. Cit.* p. 65.

²²³ Daniel Eliçabe-Urriol refere ainda outros custos, que não os monetários, quando o conflito familiar se prolonga indefinidamente: “Surgem custos sociais e humanos altíssimos como o decréscimo da produtividade laboral das pessoas afectadas por estes conflitos, problemas de saúde derivados do stress, problemas de aprendizagem dos filhos, entre muitos outros. Se todos estes factores forem computados a mediação familiar revelar-se-á indubitavelmente vantajosa”. In: CRUZ, Rossana Martingo – *Op. Cit.* p. 65.

²²⁴ De acordo com William Ury, “A manobra decisiva é mudar a nossa atitude básica em relação aos outros de tomar para doar. De início, podemos dar para receber, até que aprendemos a dar sem esperar um retorno direto e, finalmente, aprendemos a dar para realizar nosso propósito. Ao mudar nosso padrão básico para doar, não só chegamos ao sim com nós mesmos, experimentando uma satisfação interior, mas também temos mais facilidade em chegar ao sim com os outros, alcançando o sucesso exterior. Inicia-se, assim, um ciclo de dar e receber que não tem fim”. URY, William – *Como chegar ao sim com você mesmo.* p. 126.

ênfatiza Rossana Martingo Cruz, figura apenas como uma outra possibilidade na busca do fim do conflito, uma possibilidade que é simples, flexível, célere e econômica²²⁵.

Por ser simples e assim o ser durante todo o processo, os mediados não se sentem deslocados, compreendendo-o em sua integralidade. Por ser flexível, adaptando-se às pessoas e às circunstâncias, a mediação atenua os ânimos, conseguindo chegar a reflexões que sem a ajuda do mediador seria bem mais difícil, e por ser mais rápida e econômica, tem a possibilidade de atender às necessidades de todas as pessoas²²⁶.

Isso só é possível porque a mediação busca soluções por intermédio do diálogo, preservando o relacionamento entre os envolvidos e evitando maiores desgastes emocionais, especialmente para os filhos, o que muitas vezes acarreta consequências irreparáveis.

Sendo assim, como enfatiza Águida Arruda Barbosa²²⁷, é perfeitamente possível que se conceitue a mediação como sendo:

[...] uma prática social, fundamentada teórica e tecnicamente, por meio da qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina as partes em disputa, ou mediandos, a buscarem recursos pessoais (muitas vezes adormecidos) para que consigam transformar o conflito. Enfim, a mediação representa a oportunidade dada aos protagonistas para que resgatem a responsabilidade e a autoria de suas vidas, e não mais a deleguem a uma instância que lhes imponha uma decisão.

Nas mediações familiares cada uma das etapas da negociação possuem como norteador a construção de um contexto em que as partes colaborem entre si e, para isso, observou-se que alguns termos frequentemente utilizados mereciam mais atenção, como recorda Tânia Almeida²²⁸.

Entre esses termos, observou, pensão, que é definido como algo dado por alguém para um terceiro, e visita, ação que é permitida por outro, devem ser redefinidos por manutenção financeira dos filhos e reorganização da convivência entre pais e filhos pois, nos termos redefinidos, o conceito que se passa é o da participação mútua, sem que se permita a existência de nenhuma hierarquia de poder entre os cônjuges²²⁹.

Pela simples análise dessa alteração nos termos, pode-se depreender que um dos benefícios da mediação é o aprendizado, possibilitado às partes, de uma nova forma para se estabelecer um diálogo, para se dirigir um ao outro, ainda que seja em situação de desacordo, ou seja, a mediação pratica e estimula a comunicação não violenta como forma de prevenção de novos conflitos.

A comunicação não violenta é a abordagem que usa o termo “não violência” da

²²⁵ *Op. Cit.* p.64 - 65.

²²⁶ CRUZ, Rossana Martingo – *Op. Cit.* p.64 - 65.

²²⁷ *Op. Cit.*

²²⁸ *Op. Cit.* p.139-140.

²²⁹ ALMEIDA, Tania. *Op. Cit.*

mesma forma utilizada por Ghandi, ao falar sobre o estado natural das pessoas, quando a violência não se encontra próxima de suas palavras. É uma forma de comunicar-se, de falar e de ouvir, que leva as pessoas a se conectarem consigo mesmas e aos outros, de forma a permitir que a compaixão inerente de cada ser seja afluída diante do outro e permita a pura troca de ideias e pensamentos²³⁰.

²³⁰ ROSENBERG, Marshall - **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. p. 21.

3. A MEDIAÇÃO NOS NOTARIADOS

Desde o início dos tempos que o ser humano tem o hábito de registrar, preservar os momentos mais importantes de sua vida, como por exemplo, aconteceu com as pinturas rupestres, e essa necessidade de manter registros dos fatos cotidianos é que originou, de forma bastante remota, o serviço notarial e registral, fazendo com que a história desse serviço tenha a sua origem entrelaçada com a história do direito e até mesmo da sociedade, como aponta Álvares²³¹.

O serviço notarial é o responsável pela preservação de toda a memória de um povo, uma vez que é no tabelionato que ficam registrados todos os atos da vida civil de uma sociedade e é oportuno lembrar que é do serviço notarial que depende toda a segurança jurídica de uma nação.

Como anteriormente citado, há na actualidade uma tendência a diminuir a judicialização das questões familiares, o que envolve o divórcio. Essa tendência tanto favorece aos envolvidos no processo como o próprio sistema judiciário, que se desobriga de tratar esse tipo de questões, diminuindo a sua sobrecarga e permitindo o atendimento das outras demandas de forma mais rápida e eficaz. Os tabelionatos, na figura do mediador, tem a responsabilidade de promover a paz e possibilitar o diálogo entre os cônjuges,

Uma das tendências que mais se observa dentro do campo da política legislativa é a da desjudicialização dos conflitos de família, evidenciando uma quebra do paradigma de justiça que tira dos tribunais uma parte das causas e as leva para as conservatórias.

Essa tendência pode ser melhor observada quando se analisa a competência das conservatórias de registro civil quando se trata de divórcios consensuais, da partilha de bens e das fases iniciais das ações de alimentos.

Como visto anteriormente, a mediação é uma forma de desburocratizar e desjudicializar algumas causas. Um dos operadores da mediação é o notário²³², o qual possui fé pública, definida por Loureiro²³³ como sendo a “verdade, confiança ou autoridade que a lei atribui aos notários (e outros) agentes públicos no que concerne à verificação ou atestação de fatos, atos e contratos ocorridos ou produzidos em sua presença ou com sua participação”.

²³¹ ÁLVARES, Rodrigo Feracine - **Solução extrajudicial e direito fundamental de acesso à justiça**. p.63.

²³² Art. 3.º, Lei n.º 8.935/94: Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

²³³ LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Registros públicos: teoria e prática**. p.1062.

Com o incremento da desjudicialização as atividades notariais adquirem maior importância possuindo, o notário, importância estratégica na mediação, considerando-se a natureza jurídica das suas atividades.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei n.º 8.935/94 são responsáveis, no Brasil, pelo reconhecimento de que notários e registradores são profissionais do direito. Esse reconhecimento é devido ao fato de que esses profissionais, além de terem cursado direito e exercido a profissão por meio de aprovação em concurso público, estes atuam como assessores jurídicos imparciais, auxiliando as pessoas envolvidas na relação jurídica e sendo responsáveis pela redação de instrumentos que regulamentam as relações entre as partes, como recordam Silva e Tartuce²³⁴.

3.1 Notariado português *versus* notariado brasileiro

Para iniciar esse assunto, é necessário esclarecer e fazer a distinção entre o notariado brasileiro do português.

Cumpra citar que Portugal e Brasil fazem parte do notariado do tipo latino. Como bem expõe Vitor Frederico Kümpel²³⁵:

O notário do tipo latino é um profissional do direito, titular de função pública, pois é nomeado pelo Estado para conferir autenticidade aos atos e negócios jurídicos contidos nos documentos que produz, bem como para orientar e assessorar seus usuários, com imparcialidade e independência. Logo, não é vinculado à estrutura hierárquica do funcionalismo estatal.

Segundo Kümpel, a atividade do notário tipo latino é a que não possui força de definitividade, ou atividades jurídicas não contenciosas, o que proporciona segurança ao usuário, resolvendo situações de conflito através da mediação e da conciliação.

O autor lembra que origem a atividade notarial em Portugal remonta ao século XIII, enquanto no Brasil esta atividade tem seu início no século XIX, por determinação da Coroa Portuguesa, entretanto, o regime jurídico notarial brasileiro, possui características que o diferem do português, especialmente após a promulgação do Decreto-Lei n.º 26/2004 em Portugal.

Esse decreto fez parte de um plano de reformas estruturais, tinha o propósito de auxiliar a modernização da Administração Pública portuguesa, tornando-a mais eficiente e

²³⁴ SILVA, Érica Barbosa; TARTUCE, Fernanda. **O novo CPC e os atos extrajudiciais cartoriais: críticas, elogios e sugestões.** [Consult. 01-08-2021]. Disponível em < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Atos-extrajudiciais-cartoriais-noNCPC.pdf>. >.

²³⁵ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina - **Tratado notarial e registral.** p. 113.

diminuindo seu peso na economia, e trouxe a privatização do notariado, vindo a ser uma das reformas mais importantes na Administração Pública, por ser a primeira vez no país que uma profissão altera seu regime de funcionamento de forma tão abrangente²³⁶.

Inicialmente, a função notarial era exclusivamente desempenhada na esfera pública e passa a figurar na categoria de profissionais liberais, podendo ser de natureza pública ou privada, podendo ser exercida por qualquer indivíduo, desde que seja capacitado para tal.

Como recorda Fernando Neto Ferreirinha sobre o sistema do notariado português²³⁷:

O notário passa a ser, simultaneamente, um oficial público que confere autenticidade aos documentos e assegura o seu arquivamento e um profissional liberal que actua de forma independente, imparcial e por livre escolha dos interessados.

Actualmente, como recorda Rossana Martingo Cruz²³⁸, em Portugal a mediação pode ser desempenhada dentro dos tribunais, como ocorre nos Julgados de Paz, de forma independente, ou mesmo iniciada durante o processo judicial.

Já no Brasil²³⁹, o notariado é um serviço público, mas prestado de forma privada, através de delegação. Esse serviço pode ser desempenhado apenas por notários aprovados em concurso de provas e títulos e encontra-se regulamentado pelo artigo 236 da Constituição Federal do Brasil.

Foi apenas em 2007 que o Brasil promulgou a Lei n.º 11.441/07²⁴⁰, objetivando diminuir o volume de processos nas comarcas do Brasil, e que prevê os procedimentos extrajudiciais para os casos de separação e divórcio consensuais e inventário e segundo a qual os cartórios extrajudiciais se tornaram competentes para lavrar escrituras de divórcio desde que preenchidos os seguintes requisitos: não possuir filhos menores e estarem as partes acompanhadas de um advogado comum ou advogado de cada parte, como se pode observar:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. § 1.º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2.º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3.º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

²³⁶ DECRETO-LEI n.º 26/2004. Disponível em: < <https://dre.pt/home/-/dre/592339/details/maximized> >

²³⁷ FERREIRINHA NETO, Fernando - **Manual de Direito Notarial: Teoria e prática**. p. 21.

²³⁸ *Op. Cit.* p.63.

²³⁹ FERREIRINHA NETO, Fernando. *Op. Cit.*

²⁴⁰ LEI n.º 1.441/07- Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

A atuação dos tabelionatos encontra-se regulamentada pelo artigo 236 da Constituição Federal de 1988 ²⁴¹:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.

§ 1.º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2.º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3.º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Além da Constituição também regula os serviços notariais no Brasil, a Lei n.º 8.935²⁴², de 18 de novembro de 1994, também conhecida como Lei Orgânica do Serviço Notarial assim como pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme artigo 103-b, § 4.º, III da Constituição Federal de 1988.

Como recorda Ferreirinha Neto²⁴³, a privatização do notariado em Portugal possibilitou seu desempenho por várias instituições como as juntas de freguesia, advogados, correios e outros, enquanto no Brasil esta atividade permaneceu circunscrita aos cartórios.

É válido recordar que, embora sendo desempenhados sob regimes jurídicos diferentes, a atividade notarial nos dois países mantém iguais sua função e finalidade. Destaca-se então, que “a atividade notarial, tanto em Portugal quanto no Brasil, é considerada atividade jurídica própria do Estado, porém empreendida por particular em colaboração com o Poder Público”.

3.2 O notário como mediador

A intervenção do mediador se dá através do diálogo com as partes, para que estas possam fazer sua avaliação da situação e chegar a um acordo que as atenda e que considere sua responsabilidade parental, possibilitando que os filhos não sejam prejudicados no seu convívio com algum dos genitores, resguardando-lhes o direito à convivência com estes, e aos genitores, o direito de continuarem exercendo seus papéis, cumprindo com suas obrigações, porque embora não haja mais sociedade conjugal, a parentalidade permanece e portanto, continuam responsáveis por seus filhos.

²⁴¹ *Op. Cit.*

²⁴² LEI n.º 8.935 de 18 de novembro de 1994 - Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

²⁴³ *Op. Cit.* p. 21.

De acordo com Almeida²⁴⁴, a mediação tem o objetivo de estabelecer (ou restabelecer) a comunicação e as relações entre as pessoas, e para isso conta com a participação do mediador, uma outra pessoa, neutra e com formação técnica para atuar nessa função, de forma que não obrigatoriamente deverá intervir exclusivamente em situações de conflitos, pois possui conhecimento para atuar de forma a atender a complexidade das relações interpessoais e além de colaborar nas relações interpessoais, também pode representar um importante apoio na melhoria da comunicação entre a família e o judiciário.

Como pontua Fagundes²⁴⁵, para que possa acontecer, na mediação é necessária a figura do mediador, pessoa qualificada e treinada na identificação dos pontos mais importantes no caso em questão, que intervém por intermédio de orientações no sentido de auxiliar as partes envolvidas a solucionarem o conflito de modo positivo, dissolvendo os pontos de desacordo e estabelecendo um ambiente que seja propício para que as partes cheguem a um acordo e possam restabelecer o diálogo, resolvendo assim o problema entre elas.

Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.²⁴⁶

O mediador é a figura chave no processo de mediação, pois é nele que se encontra a pessoa capacitada para identificar os pontos mais importantes da questão, intervindo e orientando as partes, e auxiliando-as na busca das melhores soluções para a situação, de forma que elas possam agir de modo cooperativo entre si.

Quintanilha²⁴⁷ fala da importância da formação para o exercício da função, além da necessidade de ter um perfil adequado para a função, sendo bastante positivo que este se mostre empático, flexível e criativo, sendo interessante que possua senso de humor.

A empatia contribuirá para que a sessão seja humanizada, sendo a qualidade que levará o mediador a tentar entender os sentimentos do casal através das experiências destes, e é a característica que gerará confiança por parte dos cônjuges em relação a si.

Ao estabelecer uma relação empática com os interlocutores, o mediador gera confiança, pois vai mostrar o seu saber escutar e a sua compreensão, respeitando o sofrimento do outro sem se apropriar dele. Para tal o mediador não dominará a conversação, não dirá que sabe o que sentem, porque de todo o saberá, mas demonstrará o seu interesse profissional genuíno por aqueles a quem destina a sua presença, valorizando a capacidade que detêm para resolução dos seus problemas,

²⁴⁴ ALMEIDA, Gisele Groeninga - **Teoria e técnica da mediação: um enfoque no direito à família.**

²⁴⁵ *Op. Cit.* p.9.

²⁴⁶ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – *Op. Cit.* p. 21.

²⁴⁷ *Op. Cit.* p.41.

entrando naquilo que podemos chamar de “relação de ajuda”, ainda que não relação terapêutica²⁴⁸.

A criatividade, aqui compreendida como a capacidade de se utilizar (ou se libertar) de conceitos pré-estabelecidos e de comportamentos padronizados, ajudará o mediador a encontrar e propor alternativas para a solução do conflito, ao mesmo tempo que atua como um regulador na criatividade do casal, uma vez que a mediação familiar lida com emoções e sentimentos fortes, que poderiam interferir na capacidade do casal em encontrar soluções para o seu problema imediato.

A flexibilidade permitirá ao mediador aceitar e compreender formas de viver que sejam diferentes das suas além de permitir a ele que se coloque no processo de forma a respeitar as particularidades do caso, sem prejuízo dos princípios que regem a mediação.

Uma outra característica apontada por Quintanilha²⁴⁹ como desejável, é a assertividade, ou seja, a capacidade de defender seus pontos de vista sem ser manipulado ou manipular os demais. Em mediação, a assertividade é importante pois ajuda o mediador a transformar discursos agressivos dos cônjuges em discursos assertivos, sem o uso de palavras ou entonações agressivas

Como apontam Silva, Silva e Almeida²⁵⁰, o mediador é figura importante na busca pela solução do conflito e precisa dispor dos conhecimentos adequados para essa função: relações interpessoais, gestão de conflitos e direito de família são fundamentais para o desempenho eficaz de sua função. É fundamental que esse profissional tenha tido o treinamento adequado, uma vez que ele conduzirá as sessões de mediação, pois o conflito envolve relações de convivência íntima, bem como tem a capacidade de produzir grandes abalos de ordem emocional em ambas as partes.

Dessa forma, do mediador é requerido um vasto conhecimento de relações interpessoais, além de habilidade para lidar com conflitos e sem dúvida, conhecimento na área de direito de família.

Como recorda Spengler²⁵¹, é esperado que este profissional saiba ouvir sem interromper, permitindo às partes que exponham seus pontos de vista, desejos, necessidades, enfim, que se expressem livremente, ouvindo a perspectiva das partes assim como ele deve tentar seriamente envidar esforços na solução do conflito, revelando às partes as informações que julgar relevantes para o sucesso de sua missão.

²⁴⁸ *Idem.* p.31.

²⁴⁹ *Op. Cit.* p.32.

²⁵⁰ SILVA, Cristiana Russo Lima da; SILVA, Eduardo Pordeus; ALMEIDA, José Cezario – *Op. Cit.*

²⁵¹ SPENGLER, Fabiana Marion - **Retalhos de mediação**. p.55.

Nesse sentido corrobora Silva, Silva e Almeida²⁵², ao discorrer que é da competência deste presidir a conversa, esclarecendo e estimulando o diálogo, ensinando às partes as formas de lidarem com o conflito. Ele se coloca como um terceiro elemento entre as partes, dividindo com elas o espaço comum da reunião cujo objetivo é construir conjuntamente um consenso e com isso, solucionar a questão, como recorda Spengler²⁵³.

Além disso, também cabe ao mediador, como enfatizam Silva, Cristiana; Silva, Eduardo e Almeida²⁵⁴:

Traduzir as propostas e discussões em termos não polarizados; expandindo recurso que possam auxiliar no entendimento entre os litigantes, proporcionando-lhes um contato frente a frente para que possam colocar seus anseios e descontentamentos, na perspectiva de um acordo, assegurando, sobretudo, a integridade do processo de mediação.

Para que consiga realizar uma sessão de forma eficaz, deverá o mediador alcançar empatia das partes, demonstrar segurança e neutralidade de modo a inspirar respeito e conquistar a confiança dos litigantes. Para tanto deverá promover a escuta ativa na perspectiva de despolarizar as informações e sentimentos, numa tentativa de compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos, facilitando assim o processo de decisão das partes.

A participação do mediador tem a possibilidade de auxiliar os casais a ter conversas mais produtivas, que por sua vez podem transformar a crise em uma alternativa de crescimento, se ambos fizerem concessões em suas exigências. É aí que residem as principais habilidades dos mediadores, em reconhecer os aportes emocionais que se encontram envolvidos nas dinâmicas das relações a ponto de culminarem em separações e divórcios, de forma a poder conduzir os diálogos para que a situação seja resolvida da melhor forma para ambas as partes.

Para poder contribuir de forma efetiva na mediação, o mediador precisa estar emocionalmente estável, de forma a conservar sua imparcialidade diante da situação conflituosa, mantendo as suas emoções em separado e evitando que suas opiniões e julgamentos sobre o assunto abordado transpareçam, pelo bem dos resultados da mediação.

Não se pode perder de vista a dimensão humana do mediador, que o coloca diante de complexos conflitos que exigirão dele bastante estabilidade, maturidade emocional e sensibilidade, além da preparação técnica para cumprir com seu trabalho, mediando as situações que se apresentam da forma mais adequada a cada uma delas.

²⁵² *Op. Cit.* p. 10 – 18.

²⁵³ *Op. Cit.* p. 30.

²⁵⁴ *Op. Cit.* p. 10 – 18.

Como pontua Vasconcelos-Sousa²⁵⁵, o mediador deve ter formação e treino completos na área de mediação além de que deve ser completamente isento, não podendo ter nenhum interesse pessoal no resultado. Ele também está impedido de estar envolvido (seja como testemunha, seja como perito em processo judicial) e também está impedido de divulgar as informações obtidas na mediação sob qualquer forma ou justificativa (a menos que estas informações representem risco de vida para terceiros, ou se trate de abuso de incapaz). Não é obrigatório que seja formado em direito, inclusive há psicólogos ou pessoas com formação na área de trabalho social que utilizam seus conhecimentos com bastante êxito na mediação familiar.

A base de sua atuação consiste em encontrar os laços existentes entre as partes que amenizarão a contenda, facilitando a comunicação e conseqüentemente, auxiliarão a resolver a situação, pois, muitas vezes, as partes estão tão envoltas em sofrimento e ressentimentos que não reconhecem as partes positivas de sua história, focando toda a sua atenção no momento presente e, com isso, dificultando a si mesmas o encontro de um consenso que colocará um ponto final no problema.

Rosenberg²⁵⁶ destaca que, embora seja difícil considerar como violenta a forma como as pessoas se expressam, as palavras utilizadas sempre podem fazer com que o outro sinta dessa forma e se magoe com o que foi dito e ouvido:

A Comunicação Não Violenta se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas. Ela não tem nada de novo: tudo que foi integrado à Comunicação Não Violenta já era conhecido havia séculos. O objetivo é nos lembrar do que já sabemos - de como nós, humanos, deveríamos nos relacionar uns com os outros - e nos ajudar a viver de modo que se manifeste concretamente esse conhecimento.

A Comunicação Não Violenta nos ajuda a reformular a maneira pela qual nos expressamos e ouvimos os outros. Nossas palavras, em vez de rem reações repetitivas e automáticas, tornam-se respostas conscientes, firmemente baseadas na consciência do que estamos percebendo, sentindo e desejando. Somos levados a nos expressar com honestidade e clareza, ao mesmo tempo que damos aos outros uma atenção respeitosa e empática. Em toda troca, acabamos escutando nossas necessidades mais profundas e as dos outros.

A Comunicação Não Violenta nos ensina a observarmos cuidadosamente (e sermos capazes de identificar) os comportamentos e as condições que estão nos afetando. Aprendemos a identificar e a articular claramente o que de fato desejamos em determinada situação. A forma é simples, mas profundamente transformadora.

O que o bom mediador deve procurar evidenciar é a naturalidade do conflito, o fato de que ele faz parte das relações humanas e que sem ele, não haveria progresso, pois tanto o conflito quanto a insatisfação são ingredientes importantes no crescimento humano e no aprimoramento das relações interpessoais.

²⁵⁵ *Op. Cit.* p.24.

²⁵⁶ ROSENBERG, Marshall B – *Op. Cit.* p.21.

O que se denota de todas essas afirmações, é que o mediador por meio da organização da conversa entre as partes, vai confrontar as suas opiniões como forma de encontrar soluções para o conflito e isso acontece segundo várias técnicas, mas via de regra, seu papel é secundário, com limitado poder de decisão, já que ele não pode impor nenhuma alternativa, nenhuma decisão parte dele, ainda que seja (na sua visão) pelo fim do conflito.

Silva, Cristiana; Silva, Eduardo e Almeida²⁵⁷ enfatizando a função do mediador, lembram que faz parte das suas funções:

- Presidir a discussão;
- Esclarecer e estimular as comunicações;
- Educar as partes no sentido de que tenham em mente que a melhor solução para o conflito é a pacífica;
- Traduzir as propostas e discussões derivadas do processo de mediação em termos não polarizados;
- Expandir os recursos que possam auxiliar no entendimento entre os litigantes, proporcionando-lhes um contato frente a frente em espaço neutro, para que possam colocar seus anseios e descontentamentos na perspectiva de um acordo, assegurando sobretudo, a integridade do processo de mediação.

Para tanto, o mediador precisará conquistar a empatia dos litigantes, demonstrando segurança e neutralidade para que possa inspirar respeito e com isso, conquistar a simpatia e confiança das partes. Também é necessário que pratique a escuta ativa com o intuito de despolarizar as emoções e os sentimentos para poder tornar compatíveis os interesses, facilitando o processo de formação de acordo e decisão das partes.

Ou seja, o mediador precisa, como o próprio termo já deixa claro, mediar a conversa, conciliando os interesses das partes, conduzindo para que estas cheguem por si sós à melhor resolução para o caso e assim, concluir a mediação com o casal consciente de suas responsabilidades no conflito e na sua resolução, de forma a lhes permitir, no futuro que arestas e divergências tenham sido sanadas.

Diante de todo o exposto verifica-se a importância da figura do notário como mediador.

O notário se constituiu, ao longo dos séculos, em um fator de paz social, visto que, em caso de conflitos entre as partes, ele sempre busca a conciliação. Para isso, o notário tem o dever de esclarecer a existência, os tipos e os benefícios ou modos de regramentos

²⁵⁷ *Op. Cit.* p. 10-18

alternativos de litígios, especialmente a mediação.

Para fundamentar essa função do notário que é a paz social, vale citar um dos princípios do direito notarial: o princípio da justiça preventiva, observado na maior parte dos ordenamentos jurídicos, pois tem como finalidade prevenir conflitos.²⁵⁸ Este princípio apresenta-se como essencial para garantia da paz social, mediante a prevenção de litígios, um dos objectivos fundamentais do Estado.

Os tabelionatos são importantes espaços de mediação, uma vez que auxiliam grandemente na desburocratização do poder público, além de contribuir para a simplificação de serviços do direito, facilitando a diminuição do inchaço no poder público, que sofre com a grande demanda processual.

Transformar os tabelionatos em espaços de mediação, então, pode ser considerado uma atividade em harmonia com as desempenhadas anteriormente, como a lavratura de escrituras de conciliação e mediação e, no Brasil, essa prática foi convalidada tanto pela Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, como pelo Provimento n.º 67 de 2018 do mesmo Conselho.²⁵⁹

A Resolução n.º 125/2010, juntamente com o Código de Processo Civil e Lei da Mediação (Lei n.º 13.140/15), formam um microsistema legal para regular os meios consensuais de solução de conflitos, que por sua vez, dá sustentação para o Provimento n.º 67/2018, que aborda os procedimentos de mediação e de conciliação nos notários no Brasil²⁶⁰.

Já o Provimento n.º 67, editado em 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre as formas de procedimentos em casos de conciliação e mediação nos serviços notariais e registrais brasileiros, que podem intervir e colaborar na solução de diversos tipos de conflitos, não só os familiares, podendo-se citar entre eles brigas de trânsito, cobranças de dívidas, conflitos relativos ao direito do consumidor e do trabalhador.

Este provimento, que segue as diretrizes da Lei n.º 13.140/15, Lei de Mediação, o qual estabelece que os serviços notariais e registrais devem ser habilitados nos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) dos Tribunais de Justiça e que seus serviços serão regulamentados e supervisionados pelas Corregedorias

²⁵⁸ “De fato, actualmente, percebe-se na maior parte dos países, como resposta ao esgotamento do Judiciário, uma tendência à retirada da competência jurisdicional de diversos atos de jurisdição voluntária, isto é, de negócios jurídicos em que há administração pública de interesses provados, mas em que não há lide ou litígio. LOUREIRO, Luiz Guilherme – *Op. Cit.*

²⁵⁹ PROVIMENTO n.º 67 de 26/03/2018 - Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil.

²⁶⁰ SALOMÃO, Wendell - **O provimento n.º 67/2018 que regulamenta a conciliação e mediação nos serviços notariais e registrais.**

Gerais de Justiça e pelos NUPEMECS²⁶¹.

É importante lembrar, como o fez Mallmann²⁶², as características peculiares da natureza jurídica dos notários e registradores, que tornam esses serviços bastante *sui generis*. Isso se dá porque, embora o tabelião seja um agente público, sua prática profissional é de natureza privada, uma vez que é ele quem é responsável pelos encargos financeiros do seu exercício profissional, ou seja, salários de funcionários, custos com instalações, dentre outros.

As atividades notariais e registrais, conforme recorda Morales²⁶³ (2020), são serviços de organização técnica e administrativa que tem o objectivo de garantir que os atos jurídicos possuam autenticidade, segurança, publicidade e eficácia. Apesar de serem atividades desempenhadas de forma privada, tratam-se de serviços de natureza pública, pois seus agentes devem ser bacharéis em Direito, que dependem de aprovação em concurso público de provas e títulos, e suas atividades são fiscalizadas pelo Poder Judiciário, conforme consta no artigo 236 da Constituição da República de 1988:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1.º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2.º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3.º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Como objeto da mediação, o artigo 12.º do Provimento 67/2018 aduz que:

Os direitos disponíveis e os indisponíveis que admitam transação poderão ser objeto de conciliação e de mediação, o qual poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

1º A conciliação e a mediação que envolvam direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverão ser homologadas em juízo, na forma do art. 725, VIII, do CPC e do art. 3º, § 2º, da Lei n. 13.140/2015.

2º Na hipótese do parágrafo anterior, o cartório encaminhará ao juízo competente o termo de conciliação ou de mediação e os documentos que instruíram o procedimento e, posteriormente, em caso de homologação, entregará o termo homologado diretamente às partes.

Importante destacar que a Lei n.º 13.140/2015, em seu artigo 42.º, estende às serventias extrajudiciais as formas consensuais de resolução de conflitos, como se pode ver a

²⁶¹ SALOMÃO, Wendell. *Op. Cit.*

²⁶² MALLMANN, Eleni Inês Woiciechoski - **Conciliação e mediação extrajudicial: Possibilidade jurídica de sua realização por notários e registradores em face da Constituição Federal e da legislação em vigor.** p. 12.

²⁶³ MORALES, Carolina Finger Martinez - **Mediação e conciliação e o papel estratégico dos serviços notariais e de registro:** uma análise do modelo adotado pelo Conselho Nacional de Justiça e dos impactos na desjudicialização. p.54.

seguir:

Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

A Lei Federal n.º 8.935/94 regulamenta a atuação dos tabeliães na resolução de conflitos, formalizando de forma jurídica a vontade expressa pelas partes, um expresso reforço à política pública de solução extrajudicial de conflitos e um convite ao diálogo, como a forma mais eficaz para resolver conflitos²⁶⁴.

Como apontam Silva e Tartuce²⁶⁵, a atuação de notários e registradores tem grandes possibilidades de contribuir para que o acesso à justiça seja garantido de forma efetiva, e citam Bortz²⁶⁶:

O envolvimento de outros atores jurídicos, capacitados para promover uma intervenção segura, estável e preventiva de litígios, faz-se fundamental para a manutenção do tráfego jurídico num mundo que se torna mais e mais dinâmico. Nesse contexto é que se inserem os notários e registradores, que prestam serviços inestimáveis ao meio social e podem ser melhor aproveitados, aliviando a carga pesadíssima que paira sobre o Poder Judiciário e, permitindo a agilização da normalidade da vida à população, reservando aos juízes a tarefa inafastável de dar solução à patologia social.

Nesse sentido, as autoras acima defendem a informalidade dos cartórios, especialmente a relacionada aos processos consensuais, e que mais que isso, é necessário que o acesso à justiça seja compatível com o aspecto da universalização e da celeridade, sem deixar de considerar as limitações do Poder Judiciário e do próprio Estado.

Como consequência da desburocratização vem a rapidez na solução de conflitos, que a cada dia se vê sendo mais valorizada, como argumentam Silva e Tartuce²⁶⁷, ao afirmar que a longa duração de um processo é um mal a ser combatido e como tal, a Emenda Constitucional n.º 45²⁶⁸ fez a inserção do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 onde se lê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Como pondera Pagliusi²⁶⁹, Portugal é exemplo em mediação para o Brasil, uma vez que trouxe as escrituras de mediação e conciliação para a área de atuação notarial, enaltecendo o trabalho dos notários. Esse trabalho, executado pelas conservatórias do registo

²⁶⁴ SALOMÃO, WendelL. *Op. Cit.*

²⁶⁵ *Op. Cit.*

²⁶⁶ BORTZ, Marco Antonio Greco - **A desjudicialização – um fenômeno histórico e global**. p. 106.

²⁶⁷ *Op. Cit.*

²⁶⁸ EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos na Constituição Federal de 1988.

²⁶⁹ PAGLIUSI, Ivy Helene Lima - **O papel dos serviços notariais na pacificação social**. p. 39.

civil, mostram-se bastante avançado frente ao direito brasileiro, notadamente no campo da mediação, que ainda pode-se dizer que é um trabalho de implantação recente.

Considera-se importante destacar, o regime jurídico dessa atividade, que é o mesmo, tanto para o notário como para o mediador ou o conciliador, que são sujeitos às mesmas prerrogativas por sua função.

Dessa forma, é válido acreditar que estender a conciliação e a mediação aos serviços notariais facilita o tráfego no Poder Judiciário, desafogando-o em suas funções, efetivando a acessibilidade à justiça.

Relativo aos efeitos legais, o acordo feito nos cartórios tem efeito de coisa julgada e, em caso de descumprimento, independentemente de qual sua origem ou se o acordo foi homologado por escritura ou via judicial, a parte lesada deve ingressar com ação no Judiciário para executar o que é de direito²⁷⁰.

Em Portugal, o Decreto - Lei n.º 15/2011 veio para alterar o Estatuto do Notariado (Decreto - Lei n.º 26/2004) promovendo alterações em matéria de competências e de organização da profissão.

O artigo 4.º do Estatuto do Notariado estabelece a competência do notário português inserindo a intervenção do notário em processos de mediação, vejamos:

Artigo 4.º

Função notarial

1 - Compete, em geral, ao notário redigir o instrumento público conforme a vontade dos interessados, a qual deve indagar, interpretar e adequar ao ordenamento jurídico, esclarecendo-os do seu valor e alcance e exercer todas as demais competências que lhe sejam atribuídas por lei;

2 - Em especial, compete ao notário, designadamente

3 - Intervir em processos de mediação e de arbitragem.

Lopes e Patrão, citam Diogo Leite Campo²⁷¹ que entende que:

Em função das características da formação dos notários e por sua profunda inserção na vida social, devem estar inseridos em todas as actividades e decisões jurídicas que exigem preparação técnica, independência e inserção social, como a arbitragem, acrescentando que, em matéria de mediação de litígios, a homologação judicial pode ser substituída por acto notarial, ou que podem ser os notários os mediadores, que dará uma especial certeza e segurança ao que resulta do acordo.

3.3 O acordo

Uma vez que as etapas da mediação foram vencidas e que as partes chegaram a um entendimento, chega o momento de se preparar o acordo, que deverá ser escrito de forma clara e directa, de forma a possibilitar às partes a sua plena compreensão.

²⁷⁰ PAGLIUSI, Ivy Helene Lima - **O papel dos serviços notariais na pacificação social.**

²⁷¹ *Op. Cit.* p.117.

O acordo se traduz no esforço feito pelo casal no sentido de possibilitarem a permanência da relação, ainda que esta não seja mais uma relação conjugal. Por ser consensual, como recorda Cruz²⁷², o acordo possui natureza vinculativa e as partes são levadas a aderir a ele não por sua natureza jurídica, mas por terem envidado esforços para chegar a ele, respeitando os seus termos.

Segundo a lei portuguesa de n.º 29/2013, a Lei da Mediação, o acordo tem seu “conteúdo livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador”. (ANEXO II). Também é necessária a presença de duas testemunhas, que assinarão o acordo em conjunto com as partes.

Lopes e Patrão²⁷³ apontam que:

O acordo de mediação é um produto da vontade livre e esclarecida das partes, ainda que deva ser assinado por estas e pelo mediador. A intervenção deste, apesar de não concorrer para a obtenção do acordo, assegura formalmente o cumprimento dos princípios da mediação no procedimento que culminou na sua obtenção e a aclaração às partes dos termos em que o mesmo foi concluído e da respectiva eficácia. Esta especificidade evidencia a autonomização da figura do acordo de mediação relativamente à transacção (a que já nos referimos supra) e a sua tipificação enquanto negócio jurídico que integra simultaneamente um acordo recíproco das partes e uma declaração unilateral do mediador.

Em se tratando de divórcio extrajudicial, conforme os artigos 1.776.º e 1776.º-A do Código Civil Português e 14.º do D.L no. 272/2001, os acordos caberão ao conservador e ao Ministério Público²⁷⁴ e como exemplos de possíveis acordos, citam-se:

- O valor da prestação de alimentos devida de uma parte à outra e o tempo de duração desse compromisso;
- Qual das partes permanecerá na casa de morada da família e as contrapartidas a serem recebidas pela outra parte;
- Onde ficará residindo a criança e quais as responsabilidades do progenitor que não reside com ela, bem como as visitas deste e outros familiares, especialmente os avós.

Como aponta Cruz, a mediação familiar só poderá envolver os direitos disponíveis, ou, no máximo, os relativamente indisponíveis e, em se tratando de matéria familiar, os acordos precisam ser homologados por um juiz ou mesmo pelo conservador de registo civil. Isso implica em dizer que, tanto em caso de divórcio como em caso de regulação de atividade parental o acordo obtido nas sessões de mediação deverá ser encaminhado para homologação

²⁷² *Op. p.*164.

²⁷³ *Op. Cit. p.*156.

²⁷⁴ *Op Cit. p.*167.

na conservatória de registo ou no tribunal²⁷⁵, e as decisões do conservador a respeito da homologação do acordo, conforme o artigo 1776.º, n.º 3, terão o mesmo valor que as sentenças judiciais nesse sentido²⁷⁶.

Pode-se compreender, a partir da leitura do artigo 9.º da Lei n.º 29/2013, que existe a dispensa de homologação judicial para que se atribua a força executiva aos acordos de mediação em conservatórias, mas isso não significa que o ordenamento jurídico português tenha abolido com recurso à homologação. Na verdade, existem situações, na mediação, em que ela é necessária para garantir sua executoriedade, como por exemplo²⁷⁷:

- i. Nos casos em que é exigida por lei a homologação judicial dos acordos de mediação alcançados, como sucede com a mediação ocorrida no seio das causas submetidas aos Julgados de Paz e dos acordos de mediação promovido no âmbito de processos tutelares cíveis.
- ii. Nas hipóteses em que a verificação dos requisitos de que dependa a executoriedade dos acordos alcançados não esteja garantida.

Lopes e Patrão²⁷⁸ argumentam sobre a possibilidade de um outro caminho para que se reconheça o acordo de mediação como um título executivo, nesse caso, quando o acordo de mediação registrado em escritura pública no notário, passando então a ter força executiva nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 703.º do Código de Processo Civil Português, que diz que “os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação.”

Neste caso, a autoridade judicial (juiz ou conservador) deverá observar a legalidade do acordo que lhe é apresentado, não aceitando registrá-lo como documento público em caso de irregularidades. Entretanto, esse controlo não se equipara legalmente a uma sentença e, portanto, a execução do acordo poderá encontrar mais oposição a sua executoriedade do que se o acordo fosse homologado²⁷⁹.

Como já abordado anteriormente, os acordos do artigo 1775.º do Código Civil português, necessários quando ocorre o divórcio por mútuo consentimento, podem ser feitos pela mediação familiar e posteriormente apresentados ao juiz ou ao conservador para sua homologação, que tem valor jurídico e proporciona eficácia executiva ao acordo, da mesma forma que uma sentença jurídica²⁸⁰.

²⁷⁵ CRUZ, Rossana Martingo – *Op. Cit.* p.182.

²⁷⁶ *Idem.* p.167.

²⁷⁷ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – *Op. Cit.* p. 11 - 12.

²⁷⁸ *Op. Cit.* p. 115.

²⁷⁹ CRUZ, Rossana Martingo – *Op. Cit.* p.182.

²⁸⁰ *Idem.* p.169.

A autoridade judicial, então, faz a análise do acordo em seus aspectos formais e materiais e verifica se este encontra-se de acordo com as normas da ordem pública, se não atenta contra a moral e os bons costumes e, se atende aos interesses dos cônjuges e, principalmente, se o melhor interesse da criança está protegido por seus termos²⁸¹.

Cruz²⁸² ainda esclarece que os acordos de mediação familiar, em relação aos seus termos, não diferem de outros tipos de acordo, resumindo-se a necessidade de apresentar os mesmos termos que qualquer outro, como ser um acordo por escrito, que tenha a subscrição das partes e das testemunhas por livre vontade e que não seja contrário à ordem pública.

Se o acordo desrespeitar essas regras, estabelecidas pelo Código Civil português, a autoridade competente deve se recusar a homologá-lo, mas é importante lembrar que o acordo obtido na mediação família não obrigatoriamente deverá ter valor de sentença. Este ainda pode vigorar em caráter privado, mesmo sem a aprovação por autoridade judicial²⁸³.

Entretanto, se forem acordos-contratos, ou seja, se tiverem eficácia obrigacional, uma vez que desrespeitarem seus requisitos básicos, este deixa de ser válido, desobrigando as partes de cumpri-lo e sem produzir efeito jurídico.²⁸⁴

É importante que seja citada a existência de um limite objectivo no que se refere ao acordo que vise regulamentar as responsabilidades parentais em relação a filhos menores, que cabe ao Ministério Público a quem o processo é enviado para que emita um parecer sobre o acordo e fará a devida verificação sobre a observação e manutenção dos interesses do menor, conforme o item n.º 4 do artigo 14.º do D.L. n.º 272/200.

Se o Ministério Público considerar que o acordo não protege os interesses do menor, o acordo será devolvido para que os requerentes o reformulem, para posterior revisão, conforme previsto no item n.º 5 do artigo 14.º do citado D.L. Uma vez aceite o acordo pelo Ministério Público, o divórcio é decretado²⁸⁵.

Como recorda Rios²⁸⁶, é direito do juiz não homologar o acordo se houver alguma questão que questione sua legalidade, ou se este denotar que não está sendo fiel à vontade de uma das partes ou ainda se as soluções apresentadas no acordo seja incompatível com os interesses que são o objecto da acção.

²⁸¹ LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – *Op. Cit.* p. 11 ;12.

²⁸² *Idem.* p.115.

²⁸³ CRUZ, Rossana Martingo – *Op. Cit.* p.173 - 191.

²⁸⁴ *Idem.* p.191.

²⁸⁵ *Idem.* p.173; 191.

²⁸⁶ RIOS, Paula Lucas. *Op. Cit.* p. 15.

Os acordos, como recorda Cruz²⁸⁷, apesar de precisar ser claros e directos, não podem ser descuidados com seus aspectos fundamentais, entre eles o impedimento de existirem acordos cujos termos sejam impossíveis de ser cumpridos, bem como em seu texto deve constar as consequências caso seus termos deixem de ser cumpridos, seja total, seja parcialmente.

Por se tratar de um documento jurídico, o acordo teve ter sua validade aferida, não estando passível de um controle menos rígido por se tratar de acordo obtido em mediação, sendo papel do juiz verificar a sua conformidade com a legislação. Caso o acordo não esteja em conformidade com os pré-requisitos legais, o juiz deve se recusar a homologá-lo, devolvendo-o às partes que então tem 10 dias para submeter um novo documento para sua apreciação e posterior homologação. Como aponta Carvalho²⁸⁸:

O acordo não é conforme com a legislação em vigor, nomeadamente, quando não estiverem preenchidos os requisitos do objecto negocial, previstos no artigo 280.º do Código Civil. Assim, é nulo — e, portanto, não pode ser homologado — o acordo que consista num negócio jurídico com objecto física ou legalmente impossível, indeterminável, contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes.

Vasconcelos *apud* Silva, Cristiana; Silva, Eduardo e Almeida²⁸⁹ alertam para a necessidade de cumprimento de sua forma legal, na qual deve constar, além da qualificação das partes, a identificação do objeto e a definição das obrigações, as consequências em caso de descumprimento do acordo. Os autores também recordam que nem sempre a mediação vai chegar no acordo, o que não invalida o processo, uma vez que foi oportunizado às partes o espaço para o diálogo e para que se esgotassem as possibilidades de pacificação.

No tabelionato brasileiro, quando obtido o acordo, será lavrado termo de conciliação. Este termo será entregue a cada uma das partes o qual será considerado documento público com força de título executivo extrajudicial.

²⁸⁷ CRUZ, Rossana Martingo – *Op. Cit.* p.165.

²⁸⁸ CARVALHO, Jorge Morais - **A consagração legal da mediação em Portugal.** p.289.

²⁸⁹ *Op. Cit.* 10-19.

CONCLUSÃO

Após o término deste trabalho foi possível verificar que a evolução da humanidade exigiu que os conflitos estabelecidos entre as pessoas fossem solucionados de uma forma que detivesse o olhar não apenas nos aspectos jurídicos, mas que também considerassem os enfoques humanitários, emocionais e psicológicos.

Outro aspecto a considerar é o fato de que o sistema judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado, muitas vezes com questões que não precisariam obrigatoriamente da concorrência de um juiz, mas sim de ferramentas que o desafogassem, que auxiliassem a solucionar tantas questões de forma mais rápida.

Por outro lado, em um país onde a economia encontra-se combalida, se houver a possibilidade de se obter as soluções buscadas de uma forma mais econômica e acessível às camadas menos abastadas, será extremamente bem aceito.

Essas três necessidades (o olhar direcionado para o aspecto humano, a sobrecarga do sistema judiciário e a necessidade de barateamento dos custos) são amplamente contempladas pela mediação familiar, que apresenta à população, além da possibilidade de auxiliar a resolver seus conflitos, uma forma de mantê-los dentro de uma perspectiva positiva, uma vez que estabelece (ou restabelece) o diálogo entre as partes, ensinando-as como se dirigir ao outro de uma forma mais branda, utilizando a comunicação não violenta, embora seja importante ressaltar que a mediação não se coloca como a única forma de solucionar situações conflituosas, mas sim, como uma forma complementar de gerir os conflitos.

Quando se fala em conflitos, não se pode esquecer que, no âmbito familiar as proporções que os conflitos assumem podem ser imensas, pois o convívio tem a capacidade de reforçar diariamente as causas de dores e insatisfações, necessitando de muita atenção e cuidado por parte dos mediadores que se dispõem a buscar soluções para a situação.

Os conflitos são mais bem solucionados quando se parte de uma base de respeito e autoestima, pois as pessoas tendem a ouvir melhor quando são tratadas com respeito e quando podem falar sobre suas dores e necessidades tendo consciência de que serão ouvidas e é nesse cenário que a mediação se mostra como uma aliada inestimável.

O espaço criado pela mediação é um espaço onde elas se sentem seguras e respeitadas, daí sua participação ativa na solução dos conflitos que elas próprias criaram.

A mediação nos tabelionatos apresenta vários atrativos, como os relativos aos custos, ao tempo despendido e especialmente à qualidade do serviço prestado à população. Não se pode deixar de mencionar a questão da segurança jurídica em relação à força de prova dos

documentos notariais, a eficiência oferecida pelas escrituras e o inegável auxílio prestado ao poder público ao tomar para si as responsabilidades e deveres que anteriormente faziam parte da esfera estatal e do poder judiciário.

Os tabeliães são autoridades creditadas, com capacidade para intervir e propor raciocínios que conduzam as partes litigantes por caminhos que os levarão a uma solução encontrada pelas próprias partes envolvidas, ou seja, os tabelionatos configuram-se em espaço privilegiado de serviço à população, podendo oferecer cada vez mais possibilidades de atuação e ampliando suas formas de atuar, de forma a resolver vários tipos de conflitos sem que seja necessário que se ajuíze uma ação.

Os cartórios possuem há tempos o espaço na vida das pessoas, seja nas certidões civis de nascimento, casamento e morte, seja ao se registrar a compra ou a venda de um bem ou no reconhecimento de uma assinatura, é natural que ocupem também o espaço referente às mediações, cuja atribuição têm desempenhado de forma tão satisfatória.

Por outro lado é necessário que se leve em consideração que, a desjudicialização, ao desafogar o sistema judiciário com a assistência prestada pelos serviços notariais na mediação, não está subtraindo atribuições ao sistema judiciário, uma vez que tal acontece através de delegação de atribuições. Pela delegação, o sistema judiciário continua titular de tais serviços, só transfere a sua execução para outro agente.

Interessante considerar que, ao passo que o mediador não deve, obrigatoriamente ter formação acadêmica em Direito, o notário tem essa obrigação, o que vem a agregar valor à sua atuação em mediação, uma vez que seus conhecimentos do Direito serão de grande valia na condução das sessões, mas especialmente na elaboração dos termos do acordo.

Ao debruçar-se sobre tão importante tema, tanto no Brasil quanto em Portugal, é inegável que se conclua que, embora ainda haja um longo caminho para se chegar à perfeição, uma vez que em todos os aspectos da vida sempre há algo em que se pode melhorar, ambos os países vêm estudado e contribuído com o aprimoramento do assunto, facilitando o acesso ao instituto da mediação e tornando-a mais conhecida da população.

Outrossim, é primordial que se reconheça a grande contribuição da mediação na esfera jurídica, mais especialmente no que tange à educação das pessoas no sentido de ensiná-las a forma pacífica de resolver contendas, para que um dia, seja possível que os problemas sejam resolvidos através do diálogo maduro entre as pessoas, numa sociedade em que a cultura de paz seja a norma e não a exceção.

REFERÊNCIAS

FONTES DOCUMENTAIS

BRASIL. CÓDIGO Civil: Lei nº 3.076/16, de 01 de janeiro. **Diário Oficial da União**, Seção Nº. 1 (5/1/1916).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 35 de 24 de abril de 2007**. [Em linha]. [Consult. 02-09-2021]. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179> > .

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1934. [Em linha]. [Consult. 22-08-2021]. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1969. [Em linha]. [Consult. 18-08-2021]. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1967. [Em linha]. [Consult. 25-06-2021]. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro. **Diário Oficial da União**, Seção nº. 1. 5 out. 1988.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6809-1.

DECRETO-LEI 26/2004. [Em linha]. [Consult. 02-09-2021]. Disponível em < <https://dre.pt/home/-/dre/592339/details/maximized> > .

DECRETO-LEI n.º 272-2001. **Diário da República Eletrónico**. [Em linha]. [Consult. 22-08-2021]. Disponível em <<https://dre.pt/home/-/dre/621556/details/maximized>>

DECRETO-LEI n.º 261/75, de 27 de maio. **Diário do Governo**, n.º 122/1975, Série I (27/05/1975), p. 733-735.

DIÁRIO da República Eletrónico. **Lei n.º. 29/2013 de 19 de abril.** Lei da Mediação Portuguesa. [Em linha]. [Consult. 18-08-2021]. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/260394/details/maximized>>

EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos na Constituição Federal de 1988. [Em linha]. [Consult. 08-05-2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>

EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 66, de 13 de julho de 2010. [Em linha]. [Consult. 09-07-2021]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>

LEI n.º 11.441/07, de 04 de janeiro de 2007. [Em linha]. [Consult. 04-04-2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm>.

LEI n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo Civil. [Em linha]. [Consult. 09-06-2021] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>

LEI n.º 61/2008 de 31 de outubro de 2008. **Altera o regime jurídico do divórcio.** [Em linha]. [Consult. 06-05-2021]. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/439097/details/maximized>>

LEI n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. [Em linha]. [Consult. 18-07-2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>

LEI n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. [Em linha]. [Consult. 18-08-2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>

LEI n.º 8.935 de 18 de novembro de 1994. [Em linha]. [Consult. 04-04-2021]. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>.

PORTUGAL. CÓDIGO Civil: Decreto-lei nº 47.344/66, de 25 de novembro. **Diário do Governo, n.º 274/1966, Série I** (25/11/1966).

PROVIMENTO n.º 67 de 26/03/2018. **Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil.** [Em linha]. [Consult. 18-08-2021]. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2532>> .

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA FILHO, Roberto Nóbrega - **O Instituto da mediação no contexto jurídico luso-brasileiro.** [Em linha]. [Consult. 18-08-2021]. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/165766/2019_almeida_filho_roberto_instituto_mediacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> p.54.

ALMEIDA, Gisele Groeninga - Teoria e técnica da mediação: um enfoque no direito à família. In Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 3. São Paulo, 1999. **Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica.** Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 1999

ALMEIDA, Tania. A Mediação familiar. In Vasconcelos-Souza, José. **Mediação.** Rio de Janeiro: Ed. Quimera. 2002. ISBN: 972-589-075-2.

ÁLVARES, Rodrigo Feracine - **Solução extrajudicial e direito fundamental de acesso à justiça.** Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, 2014. Dissertação de Mestrado.

ALVES, Magda Claro - **Mediação de conflitos: uma alternativa para a paz social em Portugal e no Brasil.** Universidade do Porto, 2017. Dissertação de Mestrado.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da família e das sucessões.** 3.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6742-1.

ARISTÓTELES, **Ética à Nicômaco** - São Paulo: Martin Claret, 2005. ISBN: 857-232-430-5.

BARBOSA, Águida Arruda - História da mediação familiar no direito de família comparado e tendências - In CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 3. São Paulo, 1999. **Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica.** Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 1999.

BARROSO, R. G.; MACHADO, C - Definições, dimensões e determinantes da parentalidade. **Psychologica**, n. 52-I, p. 211-229, 2010.

BORTZ, Marco Antonio Greco - A desjudicialização: um fenômeno histórico e global, In **Revista de direito notarial**, ano1, nº 1, São Paulo, Quartier Latin, jul-set 2009, p. 106.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Família pós-divórcio: a visão dos filhos - **Psicologia: Ciência e Profissão** 2007, vol 27, n. p. 32-45. [Em linha]. [Consult. 15-08-2021]. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932007000100004>>. ISSN 1982-3703.

CANO, Débora Staub *et al* - As transições familiares do divórcio ao recasamento no contexto brasileiro. **Psicol. Reflex. Crit.** Porto Alegre, vol. 22, n. 2, p. 214-222, 2009. [Em linha].[Consult.10-05-2021]. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722009000200007&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1678-7153.

CARVALHO, Jorge Morais. A Consagração legal da mediação em Portugal. **Rev. Julgar**. n.15. 2011.

CRUZ, Neuza Rafaela Meira - Conflitos parentais nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais e a atuação do processo de promoção e proteção. **Relatório de estágio**. Nova School of Law. Lisboa, 2020.

CRUZ, Rossana Martingo – **Mediação familiar, limites materiais dos acordos e o seu controle pelas autoridades**. Lisboa: Coimbra, 2011. ISBN 978-972-32-1888-6.

DIAS, Cristina M. Araújo. **Uma análise do novo regime jurídico do divórcio**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3854-4

DIAS, Maria Berenice - **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** (2008) [Em linha]. [Consult. 18-08-2021]. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/463/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental,+o+que+%C3%A9+isso?>>

FAGUNDES, Giovane Rampazzo. **A mediação como solução para o conflito da alienação parental na guarda compartilhada**. UNICESUMAR. Maringá. PR. 2019. Artigo.

FARINHA, António H. L.; LAVADINHO, Conceição – **Mediação familiar e responsabilidades parentais**. Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 9789724009995.

FERREIRA, Cardona. - **Justiça de paz, Julgados de Paz**, Coimbra Editora, 2005.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo - **Tabelionato de notas**. 3ª. ed. Itaiutuba, SP: Editora Foco. 2020 ISBN 978-85-8242-074-2.

FERREIRINHA NETO, Fernando - **Manual de Direito Notarial – Teoria e prática**. Coimbra: Almedina, 2016.

FIALHO, Antonio José - **Guia prático do divórcio e das responsabilidades parentais**. Lisboa, 2012. ISBN: 978-972-9122-25-5.

GAGLIANO, Pablo Stolze - A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, vol 15, nº 2568, 13 jul. 2010. [Em linha]. [Consult. 29-05-2021]. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969>> .

GARDNER, Richard - **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução de Rita Rafaeli. [Consut. 08-05-2020]. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>.

GASPAR, Paula Alexandra da Costa - **A mediação familiar no sistema jurídico português**. Coimbra: Fundação Bissaya Barreto. 2012. Dissertação de Mestrado.

GOMES, Janaína Albuquerque Azevedo - **Os Desafios da mediação internacional. Os impedimentos trazidos pela Lei nº 13.140/15 sobre mediação ao projeto legislativo da conferência da Haia relativo a acordos privados envolvendo crianças**. Universidade de Brasília. Brasília, 2017. Monografia.

GOMES, Joana Salazar - **O Superior interesse da criança e as novas formas de guarda**. Universidade Católica Editora. 2017. ISBN: 9789725405451.

GOUVEIA, Mariana França - **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina. 2015. ISBN 978-972-40-5570-1.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA - **Lei de alienação parental completa 10 anos; especialistas avaliam a experiência de uma década**. Publicações IBDFAM. 27. ago. 2020. [Em linha]. [Consult.15-04-2021].

Disponível em: <
<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7666/Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+completa+10+anos%3B+especialistas+avaliam+a+experi%C3%Aancia+de+uma+d%C3%A9cada>> .

IBDFAM. **A Trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do estado democrático de direito**. 2007. [online] Acesso em 22 abr. 2021. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/noticias/namidia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+n#:~:text=1934%20%2DA%20indissolubilidade%20do%20casamento,124\).>](https://ibdfam.org.br/noticias/namidia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+n#:~:text=1934%20%2DA%20indissolubilidade%20do%20casamento,124).>)>

KÜMPEL. Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina -**Tratado Notarial e registral. Tabelionato de Notas**. YK – SP, 2017.

LIMA, Domingos Sávio Brandão - **A nova lei do divórcio comentada**. São Paulo: O. Dip. Editores Ltda, 1978.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso – **Lei da mediação comentada**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6755-1.

LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Registros públicos: teoria e prática**. 8.ª ed. Salvador: Juspodium, 2017. ISBN 978-85-442-1249-3.

LOURENCINI, Antônio Rogério - **O direito canônico e a formação do direito ocidental moderno. Dos fundamentos do direito canônico à sua geral influência no ordenamento jurídico estatal, mormente no direito de família (matrimônio)**. (2014). [Em linha]. [Consult. 17-05-2021]. Disponível em

<<https://jus.com.br/artigos/27059/o-direito-canonical-e-a-formacao-do-direito-ocidental-moderno>>.

MALLMANN, Eleni Inês Woiciechoski. **Conciliação e mediação extrajudicial: Possibilidade jurídica de sua realização por notários e registradores em face da Constituição Federal e da legislação em vigor**. UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2017. Monografia.

MARTINS, Eva Delgado - Intervenção terapêutica na transformação construtiva de conflitos parentais - **Revista de Psicologia da Criança e do Adolescente**, [Em linha]. 8:1 (2017). [Consult.18-05-2021]. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/rpca/article/view/2488>>.

MORALES, Carolina Finger Martinez. **Mediação e conciliação e o papel estratégico dos serviços notariais e de registro: uma análise do modelo adotado pelo Conselho Nacional de Justiça e dos impactos na desjudicialização**. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2020. Dissertação de Mestrado.

MÜLLER, Fernanda Graudenz. **Competências profissionais do mediador de conflitos familiares**. (Dissertação). Universidade Federal do Santa Catarina. Florianópolis, 2007.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação - Uma proposta para um novo tempo. In CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 3. **Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica**. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 1999.

OLIVEIRA, Joyce Lúcia Abreu Pereira; CREPALDI, Maria Aparecida - Relação entre o pai e os filhos após o divórcio: revisão integrativa da literatura. **Act.Psi**, vol. 32, nº. 124, p. 92-110, jun. de 2018. [Em linha]. [Consult. 17-07-2021] Disponível em: <http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-35352018000100092&lng=en&nrm=iso>. ISSN 2215-3535.

PAGLIUSI, Ivy Helene Lima - **O papel dos serviços notariais na pacificação social**. Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 2019. Dissertação de Mestrado.

PEREIRA, Vânia Rita da Silva - **Princípios, práticas e métodos da mediação familiar** – Universidade do Minho: Portugal, 2011. Tese de Doutorado.

QUINTANILHA, Anabela - **Sistemas de mediação familiar**. Coimbra: Instituto Superior Bissaya Barreto, 2012. Dissertação de Mestrado.

RIOS, Paula Lucas. Mediação familiar - Estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal. vol. 2, 2005, **Verbo Jurídico**. [Em linha]. [Consult. 20-07-2021].

Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/familia/mediacaofamiliar.pdf>>

ROSENBERG, Marshall B - **Comunicação não-violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. [Tradução Mário Vilela]. - São Paulo: Ágora, 2006. ISBN 978-85-7183-826-0.

SALES, Lília Maia de Moraes – **Mediare: um guia prático para mediadores**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. ISBN 85- 98876-04-6.

SALOMÃO, Wendell. O Provimento nº 67/2018 que regulamenta a conciliação e mediação nos serviços notariais e registrais. [Em linha]. **[Consult. 18-08-2021]**. Disponível em <www.notariado.org.br/blog/notarial/o-provimento-no-672018-que-regulamenta-conciliacao-e-mediacao-nos-servicos-notariais-e-registrais> .

SCHNEEBALG, Avi. Uma breve história da mediação - In: Vasconcelos-Souza. **Mediação**. Lisboa: Quimera. 2002. ISBN: 972-589-075-2.

SECRETARIA GERAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - **Iniciar processo de divórcio**. [Em linha]. [Consult. 18-05- 2021]. Disponível em <<https://justica.gov.pt/Servicos/Iniciar-processo-de-divorcio>>.

SERVIÇO Público. **Rompimento de uma união: divórcio**. [Em linha]. [Consult. 08-07-2021]. Disponível em <<https://www.servicopublico.pt/divorcio/>>

SILVA, Brunna Regina Mélo dos Santos. **O Instituto da mediação familiar como instrumento eficaz na busca pela solução da alienação parental**. Universidade Federal de Campina Grande. Sousa. 2015. Monografia.

SILVA, Cristiana Russo Lima da; SILVA, Eduardo Pordeus e ALMEIDA, José Cezario - O papel do mediador frente aos conflitos familiares na contemporaneidade. **INTESA – Informativo Técnico do Semiárido** (Pombal-PB), vol. 11, nº. 1, p. 10 - 18, jan./ jun, 2019. ISSN: 2317-305X

SILVA, Érica Barbosa; TARTUCE, Fernanda. **O novo CPC e os atos extrajudiciais cartoriais: críticas, elogios e sugestões**. [Consult. 01-08-2021]. Disponível em < <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Atos-extrajudiciais-cartoriais-noNCPC.pdf>. >.

SILVA, Joaquim Manuel da; GUERRA, Paulo - **A família das crianças na separação dos pais**. Portugal: Petrony Editora. 2016. ISBN 978-972-685-226-1.

SOTTOMAYOR, Clara- **Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio**. 6ª ed. Coimbra: Almedina. 2016. ISBN 978-972-405-588-6.

SPENGLER, Fabiana Marion - **Retalhos de mediação** - Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. ISBN: 978-85-67722-00-9.

TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil** - 7ª ed. São Paulo: Método, 2017. ISBN 978 - 85-309-7334-6.vol.único.

TEPEDINO, Gustavo - O Papel da culpa na separação e no divórcio. **Revista da EMERJ**, vol.1, nº.2, 1998. ISSN: 2236-8957.

TOMIAZI, Roberta; GOMES, Francisco José Dias - Evolução histórica do divórcio no Brasil. In ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA. **Anais** do Encontro de Iniciação Científica das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" . vol.7, nº.7. 2011. ISSN: 21-76-8498.

TORRES, Anália Cardoso - **Divórcio em Portugal, ditos e interditos: uma análise sociológica**. Oeiras : Celta Editora., 1996. ISBN: 972-8027-58-3.

UNICEF – **Convenção sobre os direitos da criança**, de 20 de novembro de 1989. [Em linha]. [Consult. 12-04-2021]. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>

UNICEF - **Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 10 de dezembro de 1948**. [Em linha]. [Consult. 12-04-2021]. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm.

URY, William – **Como chegar ao sim com você mesmo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. ISBN 978-85-431-0200-9.

VALE, Horácio Eduardo Gomes - **Princípio do melhor interesse da criança**. [Em linha]. [Consult. 01-06-2021]. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81317/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>>.

VASCONCELOS-SOUSA, José. **O que é mediação**. Rio de Janeiro: Quimera Editores. 2002. ISBN: 972-589-075-2.

VELOSO, Zeno - **O novo divórcio e o que restou do passado**. 2010. [Em linha]. [Consult.19-05-2021]. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/661/O+Novo+Div%C3%B3rcio+e+o+Que+Restou+do+Passado>>.

VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: Direito de Família**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013 ISBN 978-85-224-7638-1. Vol.6.

VEZZULLA, Carlos. A mediação no Brasil. In Vasconcelos-Souza. **O que é mediação**. Rio de Janeiro: Ed. Quimera. 2002.

ANEXO I – LEI DA MEDIAÇÃO BRASILEIRA

LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

CAPÍTULO I

DA MEDIAÇÃO

Seção I - Disposições Gerais

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.

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

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Seção II - Dos Mediadores

Subseção I - Disposições Comuns

Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

§ 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

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

Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

Subseção II - Dos Mediadores Extrajudiciais

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

Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

Subseção III - Dos Mediadores Judiciais

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

Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

§ 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

§ 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.

Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

Seção III - Do Procedimento de Mediação

Subseção I - Disposições Comuns

Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

Art. 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

Art. 18. Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

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

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Subseção II - Da Mediação Extrajudicial

Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.

Parágrafo único. O convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;

II - local da primeira reunião de mediação;

III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;

IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

§ 1º A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

§ 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação:

I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite;

II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais;

III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista;

IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

§ 3º Nos litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará por seus serviços caso as partes decidam assinar o termo inicial de mediação e permanecer, voluntariamente, no procedimento de mediação.

Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

Subseção III - Da Mediação Judicial

Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas [Leis n º 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), e [10.259, de 12 de julho de 2001](#).

Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública.

Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

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.

Art. 29. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

Seção IV - Da Confidencialidade e suas Exceções

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.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do [art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966](#) - Código Tributário Nacional.

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

CAPÍTULO II

DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Seção I - Disposições Comuns

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na [Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966](#) - Código Tributário Nacional.

Seção II - Dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais,

submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32;

II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37;

III - quando forem partes as pessoas a que alude o caput do art. 36:

a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos [incisos VI, X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993](#), e na [Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997](#). [\(Redação dada pela Lei nº 13.327, de 2016\) \(Produção de efeito\)](#)

Art. 39. A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

CAPÍTULO III - DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. A Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em mediação, bem como manter relação de mediadores e de instituições de mediação.

Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

Parágrafo único. A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

Art. 43. Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.

Art. 44. Os artigos 1º e 2º da [Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997](#), passam a vigorar com a seguinte redação:

[“Art. 1º](#) O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

[§ 1º](#) Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.

[§ 3º](#) Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1º, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da

União ou, no caso das empresas públicas, um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente.

§ 4º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput .

§ 5º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive os casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários dos respectivos advogados.” (NR)

“[Art. 2º](#) O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.

§ 1º No caso das empresas públicas federais, a delegação é restrita a órgão colegiado formalmente constituído, composto por pelo menos um dirigente estatutário.

§ 2º O acordo de que trata o caput poderá consistir no pagamento do débito em parcelas mensais e sucessivas, até o limite máximo de sessenta.

§ 3º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 4º Inadimplida qualquer parcela, após trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo.” (NR)

Art. 45. O [Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972](#), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 14-A:

“[Art. 14-A.](#) No caso de determinação e exigência de créditos tributários da União cujo sujeito passivo seja órgão ou entidade de direito público da administração pública federal, a submissão do litígio à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União é considerada reclamação, para fins do disposto no [inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966](#) - Código Tributário Nacional.”

Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial.

Art. 48. Revoga-se o [§ 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997](#).

ANEXO II – LEI DA MEDIAÇÃO PORTUGUESA

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei n.º 29/2013 de 19 de abril

Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I Disposições gerais

Artigo 1.º Objeto A presente lei estabelece:

- a) Os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal;
- b) O regime jurídico da mediação civil e comercial;
- c) O regime jurídico dos mediadores;
- d) O regime jurídico dos sistemas públicos de mediação.

Artigo 2.º Definições

Para efeitos do disposto na presente lei, entende -se por:

a) «Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;

b) «Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.

CAPÍTULO II Princípios

Artigo 3.º Princípios da mediação

Os princípios consagrados no presente capítulo são aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação.

Artigo 4.º Princípio da voluntariedade

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

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

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

Artigo 5.º Princípio da confidencialidade

1 — O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem.

2 — As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu consentimento, às restantes partes

envolvidas no procedimento.

3 — O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses.

4 — Exceto nas situações previstas no número anterior ou no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem.

Artigo 6.º Princípio da igualdade e da imparcialidade

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

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

Artigo 7.º Princípio da independência

1 — O mediador de conflitos tem o dever de salvaguardar a independência inerente à sua função. 2 — O mediador de conflitos deve pautar a sua conduta pela independência, livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas. 3 — O mediador de conflitos é responsável pelos seus atos e não está sujeito a subordinação, técnica ou deontológica, de profissionais de outras áreas, sem prejuízo, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, das competências das entidades gestoras desses mesmos sistemas.

Artigo 8.º Princípio da competência e da responsabilidade

1 — Sem prejuízo do disposto na alínea e) do n.º 1 e no n.º 3 do artigo seguinte, o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode frequentar ações de formação que lhe confirmem aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos do artigo 24.º

2 — O mediador de conflitos que viole os deveres de exercício da respetiva atividade, nomeadamente os constantes da presente lei e, no caso da mediação em sistema público, dos atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, é civilmente responsável pelos danos causados, nos termos gerais de direito.

Artigo 9.º Princípio da executoriedade

1 — Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação:

a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial;

b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração;

c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos;

d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública;

e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

2 — O disposto na alínea e) do número anterior não é aplicável às mediações realizadas no âmbito de um sistema público de mediação.

3 — As qualificações e demais requisitos de inscrição na lista referida na alínea e) do n.º 1, incluindo dos mediadores nacionais de Estados membros da União Europeia ou do espaço

económico europeu provenientes de outros Estados membros, bem como o serviço do Ministério da Justiça competente para a organização da lista e a forma de acesso e divulgação da mesma, são definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

4 — Tem igualmente força executiva o acordo de mediação obtido por via de mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia que respeite o disposto nas alíneas a) e d) do n.º 1, se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe atribuir força executiva.

CAPÍTULO III - Mediação civil e comercial

SECÇÃO I - Disposições gerais

Artigo 10.º Âmbito de aplicação

1 — O disposto no presente capítulo é aplicável à mediação de litígios em matéria civil e comercial realizada em Portugal.

2 — O presente capítulo não é aplicável:

- a) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação familiar;
- b) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação laboral;
- c) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação penal.

Artigo 11.º Litígios objeto de mediação civil e comercial

1 — Podem ser objeto de mediação de litígios em matéria civil e comercial os litígios que, enquadrando -se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial.

2 — Podem ainda ser objeto de mediação os litígios em matéria civil e comercial que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.

Artigo 12.º Convenção de mediação

1 — As partes podem prever, no âmbito de um contrato, que os litígios eventuais emergentes dessa relação jurídica contratual sejam submetidos a mediação.

2 — A convenção referida no número anterior deve adotar a forma escrita, considerando -se esta exigência satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação.

3 — É nula a convenção de mediação celebrada em violação do disposto nos números anteriores ou no artigo anterior.

4 — O tribunal no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação.

SECÇÃO II - Mediação pré -judicial

Artigo 13.º Mediação pré -judicial e suspensão de prazos

1 — As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer à mediação para a resolução desses litígios.

2 — O recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for assinado o protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, em que todas as partes tenham concordado com a realização da mediação.

3 — Os prazos de caducidade e prescrição retomam -se com a conclusão do procedimento de mediação motivada por recusa de uma das partes em continuar com o

procedimento, pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou ainda quando o mediador determinar o fim do procedimento.

4 — Para os efeitos previstos nos números anteriores, é considerado o momento da prática do ato que inicia ou conclui o procedimento de mediação, respetivamente.

5 — Os atos que determinam a retoma do prazo de caducidade e prescrição previstos no n.º 3 são comprovados pelo mediador ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, pela entidade gestora do sistema público onde tenha decorrido a mediação.

6 — Para os efeitos previstos no presente artigo, o mediador ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, as respetivas entidades gestoras devem emitir, sempre que solicitado, comprovativo da suspensão dos prazos, do qual constam obrigatoriamente os seguintes elementos:

- a) Identificação da parte que efetuou o pedido de mediação e da contraparte;
- b) Identificação do objeto da mediação;
- c) Data de assinatura do protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, data em que as partes tenham concordado com a realização da mediação;
- d) Modo de conclusão do procedimento, quando já tenha ocorrido;
- e) Data de conclusão do procedimento, quando já tenha ocorrido.

Artigo 14.º Homologação de acordo obtido em mediação

1 — Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial.

2 — O pedido referido no número anterior é apresentado conjuntamente pelas partes em qualquer tribunal competente em razão da matéria, preferencialmente por via eletrónica, nos termos a definir em portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

3 — A homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso do direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública.

4 — O pedido referido no número anterior tem natureza urgente, sendo decidido sem necessidade de prévia distribuição.

5 — No caso de recusa de homologação, o acordo não produz efeitos e é devolvido às partes, podendo estas, no prazo de 10 dias, submeter um novo acordo a homologação.

Artigo 15.º Mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia O disposto na presente secção é aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos de mediação ocorridos noutro Estado membro da União Europeia, desde que os mesmos respeitem os princípios e as normas do ordenamento jurídico desse Estado.

SECÇÃO III - Procedimento de mediação

Artigo 16.º Início do procedimento

1 — O procedimento de mediação compreende um primeiro contacto para agendamento da sessão de pré-mediação, com carácter informativo, na qual o mediador de conflitos explicita o funcionamento da mediação e as regras do procedimento.

2 — O acordo das partes para prosseguir o procedimento de mediação manifesta-se na assinatura de um protocolo de mediação.

3 — O protocolo de mediação é assinado pelas partes e pelo mediador e dele devem constar:

- a) A identificação das partes;

- b) A identificação e domicílio profissional do mediador e, se for o caso, da entidade gestora do sistema de mediação;
- c) A declaração de consentimento das partes;
- d) A declaração das partes e do mediador de respeito pelo princípio da confidencialidade;
- e) A descrição sumária do litígio ou objeto;
- f) As regras do procedimento da mediação acordadas entre as partes e o mediador;
- g) A calendarização do procedimento de mediação e definição do prazo máximo de duração da mediação, ainda que passíveis de alterações futuras;
- h) A definição dos honorários do mediador, nos termos do artigo 29.º, exceto nas mediações realizadas nos sistemas públicos de mediação;
- i) A data.

Artigo 17.º Escolha do mediador de conflitos

- 1 — Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos.
- 2 — Antes de aceitar a sua escolha ou nomeação, o mediador de conflitos deve proceder à revelação de todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, nos termos previstos no artigo 27.º

Artigo 18.º Presença das partes, de advogado e de outros técnicos nas sessões de mediação

- 1 — As partes podem comparecer pessoalmente ou fazer -se representar nas sessões de mediação, podendo ser acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores.
- 2 — As partes podem ainda fazer -se acompanhar por outros técnicos cuja presença considerem necessária ao bom desenvolvimento do procedimento de mediação, desde que a tal não se oponha a outra parte.

- 3 — Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.

Artigo 19.º Fim do procedimento de mediação

O procedimento de mediação termina quando:

- a) Se obtenha acordo entre as partes;
- b) Se verifique desistência de qualquer das partes;
- c) O mediador de conflitos, fundamentadamente, assim o decida;
- d) Se verifique a impossibilidade de obtenção de acordo;
- e) Se atinja o prazo máximo de duração do procedimento, incluindo eventuais prorrogações do mesmo.

Artigo 20.º Acordo

O conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador.

Artigo 21.º Duração do procedimento de mediação

- 1 — O procedimento de mediação deve ser o mais célere possível e concentrar -se no menor número de sessões possível.

- 2 — A duração do procedimento de mediação é fixada no protocolo de mediação, podendo no entanto a mesma ser alterada durante o procedimento por acordo das partes.

Artigo 22.º Suspensão do procedimento de mediação

- 1 — O procedimento de mediação pode ser suspenso, em situações excecionais e devidamente fundamentadas, designadamente para efeitos de experimentação de acordos provisórios.

- 2 — A suspensão do procedimento de mediação, acordada por escrito pelas partes, não prejudica a suspensão dos prazos de caducidade ou de prescrição, nos termos do n.º 2 do artigo 13.º

CAPÍTULO IV - Mediador de conflitos

Artigo 23.º Estatuto dos mediadores de conflitos

1 — O presente capítulo estabelece o estatuto dos mediadores de conflitos que exercem a atividade em Portugal.

2 — Os mediadores de conflitos que exerçam atividade em território nacional em regime de livre prestação de serviços gozam dos direitos e estão sujeitos às obrigações, proibições, condições ou limites inerentes ao exercício das funções que lhes sejam aplicáveis atenta a natureza ocasional e esporádica daquela atividade, nomeadamente os constantes dos artigos 5.º a 8.º, 16.º a 22.º e 25.º a 29.º

Artigo 24.º Formação e entidades formadoras

1 — Constitui formação especificamente orientada para o exercício da profissão de mediador de conflitos a frequência e aproveitamento em cursos ministrados por entidades formadoras certificadas pelo serviço do Ministério da Justiça definido em portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

2 — O membro do Governo responsável pela área da justiça aprova por portaria o regime de certificação das entidades referidas no número anterior.

3 — A certificação de entidades formadoras pelo serviço referido no n.º 1, seja expressa ou tácita, é comunicada ao serviço central competente do ministério responsável pela área da formação profissional no prazo de 10 dias.

4 — Devem ser comunicadas pelas entidades certificadas ao serviço do Ministério da Justiça previsto no n.º 1:

a) A realização de ações de formação para mediadores de conflitos, previamente à sua realização;

b) A lista de formandos que obtenham aproveitamento nessas ações de formação, no prazo máximo de 20 dias após a conclusão da ação de formação.

5 — As ações de formação ministradas a mediadores de conflitos por entidades formadoras não certificadas nos termos do presente artigo não proporcionam formação regulamentada para o exercício da profissão de mediação.

6 — É definida por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça a autoridade competente para a aplicação da Lei n.º 9/2009, de 4 de março, alterada pela Lei n.º 41/2012, de 28 de agosto, no que respeita aos pedidos de reconhecimento de qualificações apresentados noutros Estados membros da União Europeia ou do espaço económico europeu por nacionais de Estados membros formados segundo a legislação nacional.

Artigo 25.º Direitos do mediador de conflitos

O mediador de conflitos tem o direito a:

a) Exercer com autonomia a mediação, nomeadamente no que respeita à metodologia e aos procedimentos a adotar nas sessões de mediação, no respeito pela lei e pelas normas éticas e deontológicas;

b) Ser remunerado pelo serviço prestado;

c) Invocar a sua qualidade de mediador de conflitos e promover a mediação, divulgando obras ou estudos, com respeito pelo dever de confidencialidade;

d) Requisitar à entidade gestora, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, os meios e as condições de trabalho que promovam o respeito pela ética e deontologia;

e) Recusar tarefa ou função que considere incompatível com o seu título e com os seus direitos ou deveres.

Artigo 26.º Deveres do mediador de conflitos O mediador de conflitos tem o dever de:

a) Esclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar;

b) Abster-se de impor qualquer acordo aos mediados, bem como fazer promessas ou dar

garantias acerca dos resultados do procedimento, devendo adotar um comportamento responsável e de franca colaboração com as partes;

c) Assegurar -se de que os mediados têm legitimidade e possibilidade de intervir no procedimento de mediação, obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento e, caso seja necessário, falar separadamente com cada um;

d) Garantir o carácter confidencial das informações que vier a receber no decurso da mediação;

e) Sugerir aos mediados a intervenção ou a consulta de técnicos especializados em determinada matéria, quando tal se revele necessário ou útil ao esclarecimento e bem-estar dos mesmos;

f) Revelar aos intervenientes no procedimento qualquer impedimento ou relacionamento que possa pôr em causa a sua imparcialidade ou independência e não conduzir o procedimento nessas circunstâncias;

g) Aceitar conduzir apenas procedimentos para os quais se sinta capacitado pessoal e tecnicamente, atuando de acordo com os princípios que norteiam a mediação e outras normas a que esteja sujeito;

h) Zelar pela qualidade dos serviços prestados e pelo seu nível de formação e de qualificação;

i) Agir com urbanidade, designadamente para com as partes, a entidade gestora dos sistemas públicos de mediação e os demais mediadores de conflitos;

j) Não intervir em procedimentos de mediação que estejam a ser acompanhados por outro mediador de conflitos a não ser a seu pedido, nos casos de co -mediação, ou em casos devidamente fundamentados;

k) Atuar no respeito pelas normas éticas e deontológicas previstas na presente lei e no Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia.

Artigo 27.º Impedimentos e escusa do mediador de conflitos

1 — O mediador de conflitos deve, antes de aceitar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação, revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência, imparcialidade e isenção.

2 — O mediador de conflitos deve ainda, durante todo o procedimento de mediação, revelar às partes, de imediato, as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha conhecimento depois de aceitar a escolha ou nomeação.

3 — O mediador de conflitos que, por razões legais, éticas ou deontológicas, considere ter a sua independência, imparcialidade ou isenção comprometidas não deve aceitar a sua designação como mediador de conflitos e, se já tiver iniciado o procedimento, deve interromper o procedimento e pedir a sua escusa.

4 — São circunstâncias relevantes para efeito dos números anteriores, devendo, pelo menos, ser reveladas às partes, designadamente:

a) Uma atual ou prévia relação familiar ou pessoal com uma das partes;

b) Um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação;

c) Uma atual ou prévia relação profissional com uma das partes.

5 — O mediador de conflitos deve ainda recusar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação quando considere que, em virtude do número de procedimentos de mediação à sua responsabilidade, ou devido a outras atividades profissionais, não é possível concluir o procedimento em tempo útil.

6 — Não constitui impedimento a intervenção do mesmo mediador na sessão de pré - mediação e de mediação.

7 — As recusas nos termos dos números anteriores não determinam a perda ou prejuízo de quaisquer direitos do mediador de conflitos, nomeadamente no âmbito dos sistemas públicos de mediação.

Artigo 28.º Impedimentos resultantes do princípio da confidencialidade

Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 5.º, o mediador de conflitos não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação.

Artigo 29.º Remuneração do mediador de conflitos A remuneração do mediador de conflitos é acordada entre este e as partes, responsáveis pelo seu pagamento, e fixada no protocolo de mediação celebrado no início de cada procedimento.

CAPÍTULO V Sistemas públicos de mediação

SECÇÃO I Regime dos sistemas públicos de mediação

Artigo 30.º Sistemas de mediação pública Os sistemas públicos de mediação visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas.

Artigo 31.º Entidade gestora

1 — Cada sistema público de mediação é gerido por uma entidade pública, identificada no respetivo ato constitutivo ou regulatório.

2 — Cabe à entidade gestora manter em funcionamento e monitorizar o respetivo sistema público de mediação, preferencialmente através de plataforma informática.

3 — Os dados recolhidos dos procedimentos de mediação podem ser utilizados para fins de tratamento estatístico, de gestão dos sistemas de mediação e de investigação científica, nos termos da lei de Proteção de Dados Pessoais.

4 — Quaisquer reclamações decorrentes da utilização de um sistema público de mediação devem ser dirigidas à respetiva entidade gestora.

Artigo 32.º Competência dos sistemas públicos de mediação

Os sistemas públicos de mediação são competentes para mediar quaisquer litígios que se enquadrem no âmbito das suas competências em razão da matéria, tal como definidas nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, independentemente do local de domicílio ou residência das partes.

Artigo 33.º Taxas As taxas devidas pelo recurso aos sistemas públicos de mediação são fixadas nos termos previstos nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, os quais preveem igualmente as eventuais isenções ou reduções dessas taxas.

Artigo 34.º Início do procedimento nos sistemas públicos de mediação O início do procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação pode ser solicitado pelas partes, pelo tribunal, pelo Ministério Público ou por Conservatória do Registo Civil, sem prejuízo do encaminhamento de pedidos de mediação para as entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação por outras entidades públicas ou privadas.

Artigo 35.º Duração do procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação A duração máxima de um procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação é fixada nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, aplicando -se, na falta de fixação, o disposto no artigo 21.º

Artigo 36.º Presença das partes Os atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação podem determinar a obrigação de as partes comparecerem pessoalmente nas sessões de mediação, não sendo possível a sua representação.

Artigo 37.º Princípio da publicidade

1 — A informação prestada ao público em geral, respeitante à mediação pública, é disponibilizada através dos sítios eletrónicos das entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação.

2 — A informação respeitante ao funcionamento dos sistemas públicos de mediação e aos procedimentos de mediação é prestada presencialmente, através de contacto telefónico, de correio eletrónico ou do sítio eletrónico da respetiva entidade gestora do sistema.

SECÇÃO II Mediadores

Artigo 38.º Designação de mediador de conflitos nos sistemas públicos de mediação

1 — As partes podem indicar o mediador de conflitos que pretendam, de entre os mediadores inscritos nas listas de cada sistema público de mediação.

2 — Quando não seja indicado mediador de conflitos pelas partes, a designação é realizada de modo sequencial, de acordo com a ordem resultante da lista em que se encontra inscrito, preferencialmente por meio de sistema informático.

Artigo 39.º Pessoas habilitadas ao exercício das funções de mediador de conflitos Os requisitos necessários para o exercício das funções de mediador de conflitos em cada um dos sistemas públicos de mediação são definidos nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios.

Artigo 40.º Inscrição

1 — A inscrição dos mediadores de conflitos nas listas de cada um dos sistemas públicos de mediação é efetuada através de procedimento de seleção nos termos definidos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema.

2 — Os atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema público de mediação estabelecem ainda o regime de inscrição de mediadores nacionais de Estados membros da União Europeia ou do espaço económico europeu provenientes de outros Estados membros.

3 — A inscrição do mediador de conflitos em listas dos sistemas públicos de mediação não configura uma relação jurídica de emprego público, nem garante o pagamento de qualquer remuneração fixa por parte do Estado.

Artigo 41.º Impedimentos e escusa do mediador de conflitos nos sistemas públicos de mediação

Sempre que se encontre numa das situações previstas no artigo 27.º, o mediador de conflitos deve comunicar imediatamente esse facto também à entidade gestora do sistema público de mediação, a qual, nos casos em que seja necessário, procede, ouvidas as partes, à nomeação de novo mediador de conflitos.

Artigo 42.º Remuneração do mediador de conflitos nos sistemas públicos de mediação

A remuneração do mediador de conflitos no âmbito dos sistemas públicos de mediação é estabelecida nos termos previstos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema.

SECÇÃO III Fiscalização

Artigo 43.º Fiscalização do exercício da atividade de mediação

1 — Compete às entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação, na sequência de queixa ou reclamação apresentada contra os mediadores de conflitos no âmbito do exercício da atividade de mediação, ou por iniciativa própria, no exercício de supervisão contínua sobre os respetivos sistemas públicos de mediação, fiscalizar a sua atividade.

2 — Realizada a fiscalização, e ouvido o mediador de conflitos, o dirigente máximo da entidade gestora emite a sua decisão, fundamentando as razões de facto e de direito, bem como indicando a medida a aplicar ao mediador de conflitos, se for o caso, conforme a gravidade do ato em causa.

Artigo 44.º Efeitos das irregularidades

1 — O dirigente máximo da entidade gestora do sistema público de mediação pode aplicar as seguintes medidas, em função da gravidade da atuação do mediador de conflitos:

a) Repreensão;

- b) Suspensão das listas; ou
- c) Exclusão das listas.

2 — Nos casos em que o mediador viole o dever de confidencialidade em termos que se subsumam ao disposto no artigo 195.º do Código Penal, a entidade gestora do sistema público de mediação participa a infração às entidades competentes.

CAPÍTULO VI Disposições complementares e finais

Artigo 45.º Homologação de acordo de mediação celebrado na pendência de processo judicial

O acordo de mediação celebrado em processo remetido para mediação nos termos do artigo 279.º -A do Código de Processo Civil é homologado nos termos previstos no artigo 14.º

Artigo 46.º Mediação de conflitos coletivos de trabalho

O disposto na presente lei aplica -se à mediação de conflitos coletivos de trabalho apenas na medida em que não seja incompatível com o disposto nos artigos 526.º a 528.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

Artigo 47.º Direito subsidiário

Em tudo aquilo que não for regulado pela presente lei, aplica -se aos sistemas públicos de mediação o disposto nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios.

Artigo 48.º Regime jurídico complementar No prazo de três meses, o Governo regulamenta um mecanismo legal de fiscalização do exercício da atividade da mediação privada.

Artigo 49.º Norma revogatória

São revogados: a) Os artigos 249.º -A a 249.º -C do Código de Processo Civil;

b) O n.º 6 do artigo 10.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho;

c) O artigo 85.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, alterada pelas Leis n.os 1/2010, de 15 de janeiro, e 44/2010, de 3 de setembro;

d) A alínea c) do n.º 3 do artigo 4.º da Portaria n.º 68 -C/2008, de 22 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 732/2009, de 8 de julho;

e) A Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio.

Artigo 50.º Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Aprovada em 8 de março de 2013.