



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

Janaína Albuquerque Azevedo Gomes

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

Brasília
2017

Janaína Albuquerque Azevedo Gomes

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

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Professor Thiago Luís Sombra

Brasília
2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: GOMES, Janaína Albuquerque Azevedo.

Título: 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.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 05.07.2017.

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Thiago Luís Sombra
Orientador

Professora Ana Frazão
Membro

Professor Bruno Rangel
Membro

Professor Fabiano Hartmann
Suplente

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e avós, pelo incentivo, cuidado, paciência e por todas as oportunidades que me proporcionaram para que eu pudesse me dedicar ao curso de graduação com as melhores condições possíveis.

Aos amigos que o Direito me deu, em especial à Cássia, Marina, Mateus, Maíra, Thalyssa, Esther e Caio, por todo o companheirismo e pela amizade que carregarei no futuro.

Ao meu namorado, Bruno, pela compreensão, carinho e suporte.

À Universidade de Brasília, seu corpo docente, direção, administração e demais funcionários, que me permitiram completar uma formação riquíssima nos últimos seis anos.

Ao meu orientador, Thiago Luís Sombra, por sua disponibilidade e apoio, possibilitando a conclusão deste trabalho.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo explorar o Projeto Legislativo da Conferência da Haia sobre Acordos Privados envolvendo crianças frente à Lei nº 13.140/15. Para tanto, estudam-se os aspectos da mediação, especificamente, seus princípios, seu procedimento e o papel do mediador. Em seguida, analisam-se legislações estrangeiras a respeito deste método para ilustrar o panorama internacional de incorporação dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Por fim, apontam-se os arts. 3º e 11º da Lei nº 13.140/15 como possíveis impedimentos à ratificação de uma futura Convenção vinculante que verse sobre a mediação internacional em casos de família.

Palavras-chave: Família; Mediação; Direito Internacional Privado; Tratados Internacionais.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to explore the Legislative Project on Private Agreements involving children being created by the Hague Conference on Private International Law in comparison with the Bill n. 13.140/2015. Therefore, the aspects of mediation will be studied, specifically its principles, procedure and the mediator's role. Then the foreign legislations concerning the method will be analyzed in order to illustrate the international panorama of incorporation of alternative methods of conflict resolution. Lastly, the 3rd and 11th articles of the Bill n. 13.140/15 will be listed as possible impediments to the ratification of a future binding Convention dealing with international mediation in family cases.

Key-words: Family; Mediation; Private International Law; International Treaties.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1: A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	14
1.1. A crise do poder judiciário	14
1.2. Negociação, arbitragem e conciliação	18
1.3. Mediação	19
1.3.1. A mediação no campo do Direito de Família.....	19
1.3.2. Princípios.....	20
1.3.3. Procedimento.....	22
1.3.4. A inclusão das crianças no procedimento da mediação	25
1.3.5. Eficiência e benefícios.....	27
CAPÍTULO 2: DIREITO ESTRANGEIRO	33
2.1. O surgimento da mediação nos Estados Unidos.....	33
2.2. O modelo legislativo europeu sobre mediação.....	35
2.2.1. Conselho da Europa.....	35
2.2.2. Parlamento Europeu	37
2.2.3. França	38
2.2.4. Espanha	40
2.2.5. Portugal	41
2.3. As legislações sobre mediação nos Estados-parte e associados do Mercosul.....	43
2.3.1. Estados-Parte	43
2.3.2. Estados associados	46
2.3.3. Pontos de convergência e divergência entre as legislações.....	48
CAPÍTULO 3: O PROJETO LEGISLATIVO DA CONFERÊNCIA DA HAIA SOBRE ACORDOS PRIVADOS E AS POSSÍVEIS DIFICULDADES DE SUA IMPLEMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	50
3.1. As Convenções da Haia sobre família que envolvem crianças e versam sobre a mediação.....	50
3.1.1. A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças	52
3.1.2. Convenção da Haia de 1996 relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças.....	55
3.1.3. Convenção da Haia de 2007 sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família	56
3.2. Os resultados obtidos pelo Grupo de Especialistas.....	58
3.3. Os desafios da mediação internacional	62
3.3.1. Da relação entre as legislações	62

3.3.1.1.	Jurisdição	62
3.3.1.2.	Lei aplicável	63
3.3.1.3.	Princípios	63
3.3.1.4.	Intervenção estatal	66
3.3.2.	Do papel do mediador internacional	66
3.3.2.1.	Marcadores de contextos de comunicação	67
3.3.2.2.	Da capacitação dos mediadores internacionais	69
3.3.2.3.	Da atuação dos mediadores internacionais	72
3.3.3.	Das especificidades do acordo	74
3.4.	Legislação brasileira complementar à Lei nº 13.140/15 sobre Mediação	75
3.4.1.1.	Constituição Federal de 1988	76
3.4.1.2.	Lei 12.318/2010 sobre Alienação Parental	77
3.4.1.3.	O Novo Código de Processo Civil	78
3.5.	O Projeto Legislativo da Conferência da Haia na perspectiva da Lei nº 13.140/2015 sobre Mediação	79
3.5.1.	Da impossibilidade de mediar sobre direitos indisponíveis	79
3.5.2.	Da capacitação obrigatória do mediador	83
CONCLUSÃO		86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		88

Introdução

O interesse conjunto da sociedade internacional por temas de família remete ao início do século XX¹. Uma das primeiras manifestações se dá pelo Maintenance Orders Act de 1920². Trata-se de acordo entre Inglaterra, País de Gales e Irlanda para permitir que as esposas abandonadas pelos maridos que partiram ou retornaram para suas colônias de origem, que fossem de domínio ou protetorados da Coroa do Reino Unido, recebessem compensações de caráter alimentício. Maintenance orders, ou como seria traduzido atualmente, alimentos, foram definidos no Art. 10 do Ato em tela como: “an order other than an order of affiliation for the periodical payment of sums of money towards the maintenance of the wife or other dependants of the person against whom the order is made”³.

O documento, por sua vez, possibilitava a extensão de sua abrangência por meio do Art. 12.1. Por meio desse dispositivo, o rei da Inglaterra permitia que outros países da Commonwealth pudessem se submeter ao Maintenance Orders Act, contanto que criassem legislação com provisões recíprocas a serem aprovadas pela Coroa. Foi incorporado pela Nova Zelândia, Austrália, África do Sul e Rodésia do Sul (Estado predecessor do Zimbábue), entretanto, a Escócia e os Estados Unidos nunca chegaram a fazer parte deste e o Canadá só aderiu em 1948. Outro grande problema do Ato era o escopo de sua aplicação, que, por ser restrito a crianças reconhecidamente legítimas, desamparava milhares de outras crianças e viúvas⁴ que necessitavam do importe em uma época na qual as mulheres ainda não estavam significativamente inseridas no mercado de trabalho.

A inserção, de fato, ocorreu no período da industrialização⁵. A divisão do trabalho e a desvalorização da especialização para aumentar o processo produtivo provocaram significativa redução no salário dos trabalhadores que partiam do campo para as cidades,

¹ WALKER, Lara. *Maintenance and Child Support in Private International Law*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015, p. 39.

² REINO UNIDO. *Maintenance Orders Act*. 1920. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1920/act/33/enacted/en/print.html>>. Acesso em 22 de junho de 2017.

³ Ibidem.

⁴ WALKER, op cit, p. 40.

⁵ TEIXEIRA, Cíntia M. *As Mulheres no Mundo do Trabalho: Ação das Mulheres, no Setor Fabril, para a Ocupação e Democratização dos Espaços Público e Privado*. Brasília: Psicologia: Teoria e Pesquisa, 2009, p. 238.

forçando as mulheres a procurarem emprego para complementar a renda familiar⁶. Tal processo se intensificou com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, uma vez que diversos setores do mercado passaram a carecer de mão-de-obra e diversas famílias restaram sem fonte de renda alguma. Em 1914, as mulheres ocupavam 40% dos postos de trabalho e, em 1915, representavam 80% da mão-de-obra, de forma a suprir a demanda por enfermeiras, camponesas, comerciantes e costureiras⁷. Segundo Carla Bertucci Barbieri⁸:

“A sociedade, no entanto, foi se modificando e a mulher assumindo novos papéis. Com a Primeira Guerra Mundial, devido à ausência do chefe da sociedade conjugal, necessitou ingressar no mercado de trabalho, iniciando, assim, sua emancipação econômica, deixando de ser absolutamente dominada pelo homem.”

O espaço adquirido pelas mulheres no mercado de trabalho, por conseguinte, reavivou os papéis sociais atribuídos ao gênero, colocando a mulher no lugar de provedora do lar. Essa inclusão e o desmembramento das famílias devido às fatalidades da Guerra trouxe à tona a atenção para as famílias monoparentais e a discussão sobre alimentos em nível internacional.

Em 1929, foi lançado estudo do UNIDROIT - órgão auxiliar da Liga das Nações, instituído em 1926 - sobre obrigações alimentares, do qual foi produzido um projeto de Convenção em 1938, todavia, interrompido pelo início da Segunda Guerra⁹.

A Organização das Nações Unidas foi criada em 1945 para substituir a Liga das Nações, com o objetivo de manter a paz e segurança internacionais, promover os direitos humanos e auxiliar o progresso econômico e social dos países no período pós-guerra. Ela assumiu a responsabilidade dos trabalhos previamente iniciados pelo UNIDROIT e apresentou, em 1956, a Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Exterior, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 10 de 1958¹⁰. Não por coincidência, a UNICEF criou em 1959 a Declaração Universal dos Direitos da Criança¹¹, que trouxe no

⁶ BOTTINI, Lucia M. *O trabalho da mulher nas fábricas durante a Revolução Industrial, na Inglaterra de 1780 a 1850*. Paraná: Produções Didático-Pedagógicas, 2013 p. 6-11.

⁷ THEBAUD, F. *História das mulheres no Ocidente*. Porto Alegre: Edições Afrontamento, 1991, p. 46, apud TEIXEIRA, 2009, p. 238.

⁸ BARBIERI, Carla B. *A Situação da mulher da família: Aspectos Jurídicos*. [S.I.]: Revista dos tribunais online, 2000, p. 42.

⁹ WALKER, 2015, p. 40.

¹⁰ BRASIL. Decreto Legislativo nº 10 de 1958. *Aprova a Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-10-13-novembro-1958-368590-publicacaooriginal-1-pl.html?override=1>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

¹¹ UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. 1959. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em 23 de junho de 2017.

item VII o princípio do interesse maior do menor, um dos mais importantes em matéria de família que regem o Direito Internacional Privado.

É importante mencionar que o aumento do número de famílias monoparentais não foi o único fenômeno impulsionado pelo período pós-guerra, uma vez que os movimentos migratórios se intensificaram principalmente nos países europeus, formando mais famílias cujos membros pertenciam a nacionalidades diferentes. Contudo, a globalização foi fator determinante para justificar a busca por acordos internacionais sobre família em escala global e não apenas regionalmente¹². Como explanado por Paul Beaumont:

“(...) globalisation has led to more families with an international dimension not just within the EU but throughout the world and the large movements of people have often followed different patterns than those prompted by European integration, e.g. Asians from the British Commonwealth moving to the United Kingdom (UK), Turkish people seeking employment in Germany, North Africans migrating to France, etc.”¹³

Atualmente o principal organismo internacional que trata de matéria familiar em dimensão internacional é a Conferência da Haia. Apesar de ter sido criada ao final do século XIX, somente com a elaboração de seu estatuto, em 1955, ampliou sua aderência a mais países-membros¹⁴, tornando-se a principal organização intergovernamental cuja finalidade converge para a unificação de normas de Direito Internacional Privado. Sobre prestações alimentícias, especificamente, criou Convenções nos anos de 1956, 1958 e duas em 1973, antes de elaborar a mais recente em 2007.

Dentre os principais documentos formulados pela Conferência da Haia em matéria de família, destacam-se a Convenção de 1970 sobre o reconhecimento do Divórcio e Separações Legais; as Convenções de 1978 sobre a Lei Aplicável aos Regimes de Propriedade do Casamento e à Celebração, Reconhecimento e Validade dos Casamentos; a Convenção de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças; a Convenção de 1993 relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional; e a Convenção de 1996 relativa à Jurisdição, Lei Aplicável, Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças.

¹² BEAUMONT, Paul. *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity*. Alemanha: Mohr Siebeck, 2009, p. 511.

¹³ *Ibidem*, p. 511-512.

¹⁴ Informações disponíveis em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/conf-haia-direito-int-privado.html>>. Acesso em 11 de maio de 2017.

O organização atualiza seu aparato legal recorrentemente por meio da elaboração de Projetos Legislativos que se transformam em Convenções internacionais a serem assinadas por seus países-membros, de acordo com as demandas que surgem da aplicação dos instrumentos anteriores. Destaca-se, entre os Projetos, a produção de dois relatórios em 2014 e 2015 sobre o reconhecimento e aplicação de acordos internacionais em casos que envolvam crianças.

Foi observado que a mediação tem sido cada vez mais procurada por famílias que se encontram na necessidade de buscar formas alternativas de resolução de conflitos sem a formalidade de um processo judicial¹⁵. A partir dessa requisição, a Conferência da Haia iniciou estudo a respeito da possibilidade de criar uma nova Convenção para facilitar o processo de homologação dos acordos extrajudiciais, em conformidade com disposições prévias das Convenções de 1980, 1996 e 2007¹⁶, que contêm recomendações para recorrer à mediação como forma de solucionar controvérsias de natureza familiar.

O presente trabalho se propõe a analisar esse Projeto e identificar possíveis obstáculos impostos pela legislação brasileira vigente. Para tanto, em primeiro lugar, serão abordados os diversos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, com ênfase na mediação. Em seguida serão apresentadas legislações estrangeiras sobre a matéria, explorando a experiência americana, europeia e de demais países do Mercosul. Finalmente, será explorado o Projeto Legislativo da Conferência da Haia sobre Acordos Privados envolvendo menores, as Convenções vigentes que tratam de família e os impedimentos trazidos pela Lei nº 13.140/15. A análise gera dois desdobramentos: a questão relativa à impossibilidade de mediar sobre direitos indisponíveis e a capacitação obrigatória dos mediadores. Explora-se, assim, a violação do princípio da ordem pública na construção de um novo tratado internacional, que se traduz na discussão sobre o seu potencial vinculante.

¹⁵ DOCUMENTO preliminar nº 5. *Report on the expert's group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes and recommendation for further work*. 2014, p. 4.

¹⁶ *Ibidem*.

Capítulo 1: A mediação como método alternativo de resolução de conflitos

O primeiro capítulo deste trabalho tratará, primeiramente, dos métodos alternativos de resolução de conflitos existentes, elucidando o contexto e os motivos pelos quais foram criados. Em segundo momento, a mediação será examinada com maior detalhamento, de modo a justificar o porquê de ser a via mais adequada para sanar conflitos familiares.

1.1. A crise do poder judiciário

A crise do Poder Judiciário deriva da crise generalizada do Estado¹⁷. José L. B. de Moraes e Fabiana M. Spengler apontam:

“Todas as considerações sobre jurisdição e suas crises (...) são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições. (...) Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, (...) sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito. (...) o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submetido à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente. (...) Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atravessado pelas justiça emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas ‘inoficiais’ de tratamento de conflitos.”¹⁸

De maneira complementar à assertiva supracitada, Fabiana A. Mascarenhas assinala que “(...) a vida em sociedade tem se tornado mais complexa e as relações humanas mais latentes, logo, os dissensos são acentuados, e o aparato estatal não encontra vazão para garantir, com eficiência, a pacificação social”¹⁹.

Nota-se, em observância aos trechos acima expostos, que o Judiciário vem se mostrando incapaz de realizar sua atividade com eficiência, obrigando a sociedade a recorrer

¹⁷ MORAIS, José L. B. de; SPENGLER, Fabiana M. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2012, p. 78.

¹⁸ *Ibidem*, p. 79.

¹⁹ MASCARENHAS, Fabiana A. *Mediação familiar: Por uma nova cultura de pacificação social*. [S.I.]: Lex Humana, 2011, p. 21.

a vias diversas para solucionar seus conflitos. Quanto mais se intensifica a crise do Estado, menos legitimidade resta ao poder decisório do Judiciário²⁰.

Vânia R. da S. Pereira²¹ evidencia a falha do sistema judicial em três fases: o aumento dos litígios; a burocracia excessiva em detrimento da satisfação do interesse dos indivíduos; e, em vista desses fatos, a autodenominação de “justiça”, quando o próprio sistema jurisdicional falha em reestabelecer o equilíbrio desregulado por violações de direitos que se propõe a reparar. Todos os níveis estão interconectados. O crescente número de processos somado ao complicado trâmite interno resulta na morosidade do poder judiciário²².

“(…) devido à conscientização de que o cidadão tomou dos seus direitos e da forma como pode exercê-los e efetivá-los, os tribunais viram-se inundados de ações para as quais se esperava uma resposta rápida e eficaz. Acontece que o poder jurisdicional tem-se revelado incapaz de dar essa resposta, em tempo útil, a um tão grande número de processos judiciais.”²³

Morais e Spengler ainda associam a crise à insuficiência orçamentária, ao pragmatismo da atividade jurídica, à incapacidade tecnológica dos operadores jurídicos tradicionais e à dúvida sobre a adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais²⁴. Trata-se, portanto, de colapso estrutural, pragmático, tecnológico e paradigmático.

O resultado da crise do Judiciário se traduz na criação dos métodos alternativos de resolução de conflitos²⁵, uma vez que, na carência de um sistema célere e eficiente, a sociedade se reorganizou para encontrar saídas mais adequadas às suas necessidades. Sem embargo, isso não quer dizer que a solução alcançada deva ocorrer de maneira desorganizada, criando, em face disso, um novo sistema simplificado e confiável, mas que ainda seja resolutivo.

Para garantir confiabilidade aos métodos alternativos, é fundamental que haja regulamentação dos mesmos. Entretanto, como se tratam de práticas inovadoras e recentes, cabe ao Estado criar novas leis para normalizá-las. Dessa forma as vias deliberativas

²⁰ MASCARENHAS, 2011, p. 22.

²¹ PEREIRA, Vânia R. da S. *Princípios, práticas e métodos da Mediação Familiar*. Portugal: Universidade do Minho, 2011, p. 22.

²² BONN, Mayara A. *Relato da implantação de um núcleo de Mediação Familiar em Frederico Westphalen*. Santa Maria: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2012, p. 235.

²³ SANTOS, Débora F. M. *Do recurso à mediação familiar na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio*. Portugal: Universidade do Minho, 2016, p. 39.

²⁴ MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 81-82.

²⁵ MASCARENHAS, op cit, p. 27.

extrajudiciais, além de conquistarem maior credibilidade perante a sociedade, serão melhor absorvidas pelo Judiciário.

Mariana Hernandez Crespo²⁶ defende que três aspectos devem ser observados ao realizar uma reforma sistêmica para aumentar a abrangência das leis. Primeiramente aponta a sustentabilidade das leis, de forma que os cidadãos estejam envolvidos no processo preliminar de consulta à sociedade para elaboração de um novo dispositivo. Assim, as demandas serão incorporadas ao projeto, que possuirá maior probabilidade de supri-las. Em segundo lugar, deve ser criado um mecanismo de implementação funcional que seja participativo e eficiente. De nada adianta criar uma ferramenta revolucionária se não houver meios e sujeitos capacitados para implantá-la. Por fim, clama atenção para o contexto social e cultural, que deve prover espaço para a aplicação das novas leis. O Direito deve acompanhar o progresso social e servir à sociedade, não o contrário.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos possuem aplicabilidade mais ampla do que somente descongestionar os tribunais. Logo, por mais que ofereçam benefícios instintivamente relacionados à celeridade e à redução dos custos, não devem ser aplicados como forma unidirecional de alívio do sistema²⁷. Trata-se da ampliação do acesso à justiça, aproximando os indivíduos do exercício da cidadania por meio do protagonismo que assumem na composição da lide.

Percebe-se uma forte tendência ao que se pode chamar de cultura do litígio, não somente no Brasil, mas também em diversos países da América Latina²⁸. A convicção na inexorabilidade do sistema judiciário corresponde à herança intervencionista da implementação de políticas paternalistas que distanciaram a justiça dos seus destinatários²⁹. Admitir que as vias judiciais comuns sejam as únicas que podem oferecer soluções seguras aos conflitos condiz com práticas de modelos autoritários do Estado, que vêm perdendo espaço para modelos democráticos³⁰.

²⁶ CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: DE ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 72.

²⁷ VILLALUENGA, Leticia G. *La mediación familiar: una aproximación normativa*. México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C, 2007, p. 84.

²⁸ CAMUS, Paula C. *La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura*. Chile: Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, 2014, p. 114.

²⁹ VILLALUENGA, op cit, p. 80.

³⁰ Ibidem, p. 79.

Evidencia-se a valorização exacerbada da norma jurídica³¹, uma vez que os avanços da lei não acompanham o progresso social e, portanto, parcela da sociedade encontra-se cerceada pela lei aplicada de forma restrita à sua redação. A infinidade de composições familiares, por exemplo, é um obstáculo para que o legislador possa redigir normas que abranjam todas as singularidades de cada família³², o que, inevitavelmente, desampara muitas pessoas do escopo de sua aplicação.

Outro indicativo se demonstra na acepção dos métodos alternativos de resolução de conflitos pelo ordenamento nacional. Por se tratarem de práticas relativamente novas e ainda não enraizadas, não são bem recebidas pela população^{33 34}. O Poder Judiciário é enaltecido de tal forma que se cria uma percepção equivocada de que os métodos extrajudiciais não apenas o deslegitimam, como ameaçam sua existência³⁵. No entanto, o fato de os acordos obtidos extrajudicialmente carecerem de homologação para obterem reconhecimento jurídico seria suficiente para eliminar essa pré-concepção³⁶. Os métodos alternativos não têm caráter substitutivo, mas complementar em relação às vias judiciais comuns.

Benoit Bastard e Laura Cardia-Voneche explicam que: “(...) because mediation is still new and not widely known to the public, there is a limited demand for it”³⁷. A difusão dessas práticas, portanto, também depende de encorajamento ativo dos juízes e tribunais no momento oportuno, quando práticas conciliatórias ou mediadoras não consistirem em etapas obrigatórias do processo judicial. Dessa forma as famílias que não sabem do que se tratam os métodos alternativos poderão conhecê-los, compreendê-los e escolhê-los voluntariamente³⁸.

O desconhecimento sobre as vias extrajudiciais não se restringe ao público que delas pode se beneficiar, pois estende-se também a quem tem o poder de regulamentá-las e aplicá-las. Cabe ao Estado capacitar mais mediadores, árbitros e conciliadores; definir ou construir espaços exclusivos para permitir a realização das sessões; e, como já mencionado, divulgar as vias extrajudiciais para aumentar a demanda pelas mesmas.

³¹ MASCARENHAS, 2011, p. 28.

³² BASTOS, Eliene F. Uma Visão de Mediação Familiar. In: BASTOS, Eliene F.; Souza, Asiel H. de. (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 142, apud MASCARENHAS, 2011, p. 28.

³³ BONN, 2012, p. 237.

³⁴ MASCARENHAS, op cit, p.24.

³⁵ SANTOS, 2016, p. 39.

³⁶ Ibidem.

³⁷ BASTARD, Benoit; CARDIA-VONECHE, Laura. *Family Mediation in France*. Oxford: International Journal of Law and the Family, 1993, p. 277.

³⁸ PEREIRA, 2011, p. 28.

1.2. Negociação, arbitragem e conciliação

Negociação, arbitragem, conciliação e mediação são quatro dos principais tipos de medidas alternativas para resolução de controvérsias. Porém, apesar de acumularem entre si diversas similaridades, possuem princípios intrínsecos aos seus procedimentos e objetivos próprios que permitem diferenciá-los e adequá-los diante das necessidades de cada caso.

A negociação é o único dos métodos elencados acima que não exige a presença de um terceiro imparcial. As partes possuem total controle sobre o procedimento e sobre seu resultado, tendo liberdade para alterar qualquer termo a qualquer momento³⁹. Bem como a mediação e a conciliação, depende de homologação para adquirir validade jurídica. É recorrentemente utilizada em negociações coletivas trabalhistas e demais práticas dos Juizados Cível e Criminal.

A conciliação, assim como a mediação, é um “meio autocompositivo de resolução de conflitos”⁴⁰. É conduzida por terceiro imparcial que possui papel ativo no processo, interagindo e oferecendo conselhos. Essa posição pode ser assumida tanto por um conciliador, quanto, na falta deste, pelo próprio juiz. A realização de acordo é o objetivo principal desse método e, em consequência disso, a conciliação é indicada quando há identificação evidente da razão do conflito⁴¹. Pelo motivo explicitado, é muito eficaz na resolução de conflitos gerados por circunstâncias contingentes, por exemplo, casos que envolvam matérias de Direito do Consumidor⁴².

A arbitragem é o método alternativo que possui mais semelhanças com os processos que correm nas vias judiciais. É indicada para conflitos que necessitem de conhecimentos técnicos e precisão para serem decididos, por conseguinte, encontrou espaço no Direito Comercial. O árbitro assume o papel de terceiro imparcial, que pode ser escolhido pelas partes ou ser indicado pela câmara arbitral. As partes não possuem qualquer poder decisório. No final do procedimento é produzida uma sentença arbitral com a mesma eficácia de uma

³⁹ BRASIL. Cartilha do Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação*. 2016, p. 20.

⁴⁰ SANTOS, 2016, p. 44.

⁴¹ Informação disponível em: <http://www.pgj.ce.gov.br/nespeciais/nucleomed/pdf/NMC_Informe_72.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2017.

⁴² SANTOS, op cit, p. 44.

decisão judicial⁴³. No ordenamento brasileiro a arbitragem possui caráter facultativo e, pelo art. 1º, §1º da Lei 9.307/96, limita-se a conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

1.3. Mediação

Nessa subdivisão se desenredará a mediação, indicando quais são seus princípios, como ocorre seu procedimento, o papel do mediador e a possibilidade de trazer as crianças para a discussão. O objetivo deste ponto é identificar a mediação como a via mais adequada para solucionar conflitos de natureza familiar.

1.3.1. A mediação no campo do Direito de Família

A mediação é um tipo de autocomposição assistida no qual as próprias partes discutem sobre o conflito ante a presença um terceiro imparcial. Diferentemente da conciliação, a principal preocupação deste método é o reestabelecimento da comunicação entre as partes, com o objetivo de prevenir conflitos futuros. Encontra terreno fértil nas questões familiares justamente pelo fato de valorizar a preservação emocional⁴⁴, tratando as emoções como parte do conflito e de sua solução. É relevante destacar que a mediação não se restringe às questões familiares⁴⁵, sendo utilizada como método de solucionar litígios empresariais, imobiliários, trabalhistas, entre outros.

Quanto à mediação familiar, pelo fato de obter essa qualidade reparadora, é comumente confundida com a realização de sessões terapêuticas que objetivam a reconciliação do casal. Nesse sentido, Débora F. M. Santos observa:

"Note-se, por último, que, com a mediação familiar, não se visa dar aconselhamento jurídico ou terapêutico às partes, nem tão-pouco reconciliar os cônjuges à beira do divórcio. O objetivo último da mediação familiar é outro: o de pôr fim a um conflito familiar através da participação ativa dos mediados, assegurando, assim, a

⁴³ BRASIL. Cartilha do Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação*. 2016, p. 20.

⁴⁴ MASCARENHAS, 2011, p. 24.

⁴⁵ CHRYSTÊLLO, Andreia A. C. dos S. *Os Menores e a Mediação Familiar*. Portugal: Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, p. 9.

manutenção de uma relação duradoura e pacífica entre eles, tendo em vista, sobretudo, o bem-estar dos seus filhos menores, quando existam."⁴⁶

Por essa razão, deve ser solicitada quando a separação do casal for inevitável ou já estiver em processo de ruptura⁴⁷, sob o risco de se transformar em terapia familiar. A mediação tem o objetivo de solucionar os conflitos desencadeados pela separação, utilizando técnicas que reestabeçam a comunicação entre as partes e, assim, possam tomar as melhores decisões de acordo com suas realidades, seus interesses próprios e, havendo filhos, o interesse superior das crianças.

1.3.2. Princípios

A mediação possui princípios próprios, que versam sobre o procedimento, a postura das partes e o papel do mediador. Walsir Edson Rodrigues Junior⁴⁸ lista os seguintes: neutralidade, imparcialidade e credibilidade do mediador; não-adversariedade; flexibilidade e informalidade; confidencialidade; e voluntariedade. A observância destes é de suma importância para o bom prosseguimento de um processo de mediação.

O princípio da neutralidade, imparcialidade e credibilidade do mediador se correlaciona com o protagonismo das partes na mediação. Esse princípio determina a postura que deve ser tomada pelo mediador para que suas convicções e valores pessoais não influenciem a decisão dos mediados. O mediador, assim, não pode se manifestar de maneira persuasiva ou tendenciosa a nenhum dos lados, para que o acordo surja apenas da vontade das partes e tenha maior possibilidade de cumprimento efetivo pelas mesmas.

O princípio da não-adversariedade se refere à própria natureza da mediação que, ao contrário dos processos judiciais, gera uma situação de ganho para ambos os lados. Ao invés de operar mediante um sistema de acusações e impugnações no qual um terceiro decidirá quem é o vencedor e o perdedor, as partes, por meio do diálogo, chegarão a um consenso.

O princípio da flexibilidade e informalidade estabelece que a mediação seja menos burocrática e cerimoniosa do que os processos judiciais. Dessa forma os mediados têm mais

⁴⁶ SANTOS, 2016, p. 57-58.

⁴⁷ PEREIRA, 2011, p. 29.

⁴⁸ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey 2007, p.132 apud MASCARENHAS, 2011, p. 24.

autonomia e liberdade para definir os próprios termos do acordo. Esse princípio é correlato da função de acessibilidade à justiça dos meios alternativos de resolução de conflitos, pois acarreta na eliminação de diversas barreiras, além de produzir soluções rápidas e factíveis.

O princípio da confidencialidade se justifica pela sensibilidade da matéria que se discute na mediação, dado que, em conflitos familiares, a privacidade das partes deve ser preservada. Traduz-se na formação de uma cerca protetiva dentro da qual as partes têm liberdade para dialogar com franqueza, dividindo seus medos e preocupações sem constrangimentos. Devido a esse princípio, o mediador não pode ser chamado para testemunhar em futuro processo judicial que envolva o processo de mediação frustrado e o conteúdo discutido durante as sessões também não pode voltar a ser suscitado.

O princípio da voluntariedade gera controvérsias nos ordenamentos. Diz, este, que a opção pela via alternativa seja de opção das partes, entretanto, diversos ordenamentos, como o brasileiro, impõem a conciliação ou a mediação como etapa obrigatória do processo judicial. Primeiramente a obrigatoriedade da via conciliativa violaria o princípio da voluntariedade e, em segundo lugar, infringiria o acesso à justiça.

Ditas transgressões não se configuram. A obrigatoriedade não corresponde à exigência de realizar um acordo, que é justamente o aspecto protegido por esse princípio. A obrigação consiste em realizar uma reunião prévia com o mediador e, dependendo da legislação, basta que se informe no processo o desejo de não realizar a mediação⁴⁹.

Quanto à coibição do acesso à justiça, alega-se que a mediação constitui mais um obstáculo no processo judicial e perlonga sua duração. Itera-se que, na realidade, os métodos alternativos surgiram a partir da demanda social em face do sobrecarregamento dos tribunais para descongestionar o sistema. Outrossim, as partes não perdem o direito de ingressar ou retomar uma ação na justiça após o fracasso do acordo, pois a escolha pela via da mediação durante o processo interrompe a prescrição e determina a suspensão do pedido⁵⁰.

Ainda que se sugira que a mediação obrigatória impõe mais uma etapa no processo judicial para aqueles que não desejam de forma alguma realizar um acordo, é possível concluir que, de forma geral, mais benefícios são trazidos do que prejuízos.

⁴⁹ CAMUS, 2014, p. 114.

⁵⁰ Ibidem, p. 117.

Paula C. Camus compilou dados sobre a efetividade da mediação em países onde existem previsões legais sobre a conciliação como etapa obrigatória dos processos⁵¹. Observou que no Peru, em 2001, 20.000 casos foram solucionados por meio da conciliação. Em 2011, o número aumentou para 75.000. Na Colômbia, onde só há obrigatoriedade para casos que envolvam matérias de família, relatou que 2.700.000 casos são submetidos primeiramente às vias judiciais, enquanto apenas 70.000 são submetidos primeiramente aos Centros de Conciliação. Notou que na Argentina, entre 1996 e 2009, 25% das mediações terminaram em acordo, 44% terminaram sem acordo e em 16% dos casos a mediação foi prematuramente concluída devido à ausência de uma das partes. Por fim, Camus concluiu que, apesar de os números parecerem um fracasso, quantitativamente milhares de casos se resolveram pelos meios alternativos, cumprindo a função de desobstrução das vias judiciais.

1.3.3. Procedimento

O procedimento se refere às etapas que devem ser cumpridas antes, durante e após as sessões de mediação para alcançar o melhor acordo possível. A fase inicial da mediação depende da sua natureza. Tratando-se de mediação extrajudicial, as partes devem se movimentar para promovê-la por conta própria. Quando a mediação é judicial, significa que se inicia após a proposição de ação judicial, que, a depender da legislação, pode ser escolhida voluntariamente pelas partes a partir da sugestão feita pelo tribunal ou imposta a elas como condição obrigatória preliminar ao processo. A fase intermediária se dá no curso das sessões de mediação e possui etapas próprias, desde a instrução das partes pelo mediador até o momento de redação do acordo. A fase final ocorre com a revisão e assinatura do acordo e, conforme as condições particulares de cada ordenamento, sua homologação em juízo.

Andreia Chrystêllo enumera três tipos de modelos de condução da mediação familiar: o tradicional-linear, o transformativo e o circular-narrativo⁵². O modelo tradicional-linear é centrado na resolução de conflitos e possui diversas semelhanças com a conciliação. Seu objetivo é alcançar acordos que satisfaçam ambas as partes. O foco deste modelo são os interesses negociáveis em prejuízo das posições pessoais. O papel do mediador é de

⁵¹ Ibidem, p. 117-118.

⁵² CHRYSTÊLLO, 2013, p. 11-15.

reconhecer os pontos de convergência e os interesses e necessidades em comum. Utiliza-se a técnica de delimitar um campo de possibilidades e produzir um gráfico para identificar as melhores e piores opções, assim, as partes podem visualizar suas escolhas e, a partir disso, negociar os termos.

“O mediador deve ajudar as partes no reconhecimento da existência de interesses e necessidades comuns, apesar de se encontrarem em conflito. No seguimento dessa identificação, é importante analisar o conjunto de possibilidades que pode resolver esse litígio. Dentro dessas possibilidades, é identificada a melhor e a pior opção para se chegar a um acordo. A partir desse momento, as partes devem avaliar qual a melhor opção, negociando o alcance de um acordo mutuamente aceitável. Este modelo defende se as partes tiverem a capacidade de uma posição intransigente, iniciando um processo na relação e na comunicação construtiva, alcançam os meios essenciais para a resolução do conflito.”⁵³

É, portanto, um modelo adequado a pessoas que tenham postura inflexível, pois possui características de comunicação mais lógicas. Por outro lado, questões de família são sempre sensíveis e arraigadas por emoções⁵⁴ que, inobservadas, afetam a percepção racional das partes e podem prejudicar o cumprimento do acordo. Se todos os motivos que inebriam os reais problemas não forem afastadas da discussão, será questão de tempo para que o conflito se irrompa novamente.

Celina Sousa⁵⁵ e Mayara Bonn⁵⁶ evidenciam que a ruptura da relação causa “(...) sentimentos de frustração, de raiva, de insegurança, vingança e pela tristeza e decepção que se sente em virtude do término de um projeto de vida em comum que foi pensado e planejado com a ideia de que seria para sempre”⁵⁷. Assim, as partes tendem a descontar o insucesso da relação ao discutir os termos da separação, optando por cláusulas que não podem cumprir apenas para atingir o ex-companheiro. Não obstante, se o acordo for descumprido, continuará a gerar problemas para as partes, que terão de retomar a discussão e reabrir o processo de mediação ou lhe dar continuidade juridicionalmente.

O modelo transformativo é baseado na comunicação e visa restaurar o diálogo entre os mediados, sem necessariamente alcançar um acordo. Todo o foco é direcionado às emoções.

⁵³ Ibidem, p. 11-12.

⁵⁴ BONN, 2012, p. 242.

⁵⁵ SOUSA, Celina. *A eficácia da Mediação Familiar no contexto das Responsabilidades Parentais*. Portugal: Universidade do Minho, 2015, p. 107.

⁵⁶ BONN, op cit, p. 238.

⁵⁷ SOUSA, op cit, p. 107.

Ao mediador incumbe fazer as partes refletirem sobre os desentendimentos e esclarecer a perspectiva de um para o outro, com o objetivo de melhorar a compreensão e criar empatia. A técnica utilizada é a repartição da transformação em três níveis: primeiramente o conflito, em seguida as pessoas e, por fim, o relacionamento. Em contrapartida ao modelo anterior, o conflito como um todo torna-se mais complexo e não apenas embasado na percepção egocêntrica das partes. As maiores críticas feitas a este modelo se fazem justamente pelo fato de não oferecer soluções concretas. De nada adiantaria transformar a relação dos envolvidos sem resolver o conflito, motivo pelo qual o modelo transformativo se limita a efeitos terapêuticos.

Finalmente, o modelo circular-narrativo possui caráter sistemático. O objetivo é implantar um método de comunicação que esclareça a mensagem e o contexto por meio da criação de uma história. Assim, colocando-se como protagonistas do enredo, as partes têm a oportunidade de refletir sobre suas vontades e prioridades e são compelidas a conversarem sobre as vias de se chegar a um acordo que solucione o conflito definitivamente.

Como já mencionado anteriormente, a fase inicial da mediação se dá pelo momento de sua instauração. Christêllo⁵⁸ elege o momento anterior à submissão de um processo o mais vantajoso, pois previne o agravamento do conflito e indica a construção de uma cultura de negociação frente à cultura do litígio. Escolhida durante o processo judicial, provavelmente se fará por sugestão do magistrado ou por ventura de disposição como etapa obrigatória, ficando o processo suspenso até a conclusão da mediação. Se adotada após o final do processo, tem a garantia de cumprimento da regulação das responsabilidades parentais.

Vânia Pereira elabora a fase intermediária da mediação em seis etapas⁵⁹, sendo que a última delas consiste no estágio final do procedimento. A primeira etapa consiste na introdução das partes ao processo de mediação. O mediador apresenta os objetivos desse método e, junto aos mediados, elabora um cronograma de atividades adaptado à rotina de cada um. Na mesma oportunidade, assegura a ciência das partes sobre os termos da mediação, da suspensão dos prazos nas vias judiciais e das questões relacionadas à confidencialidade. Procede-se à segunda etapa com a verificação da decisão de separação ou divórcio e, nesse momento, as partes têm liberdade para discutir seus sentimentos e criar uma relação de empatia. Na terceira etapa são examinadas as responsabilidades parentais e definidos todos os

⁵⁸ CHRYSTÊLLO, 2013, p. 35

⁵⁹ PEREIRA, 2011, p. 43-44.

acordos relativos aos filhos, sempre mantendo como prioridade o interesse superior do menor. Em seguida, negocia-se a divisão dos bens e as responsabilidades financeiras, analisando as condições dos mediados para criar consciência sobre as necessidades e despesas que podem assumir. A última etapa é a de redação do projeto de acordo, que será enviado por escrito aos envolvidos e respectivos advogados para última análise e assinatura. Por fim, o acordo assinado será encaminhado para homologação em instância judicial.

1.3.4. A inclusão das crianças no procedimento da mediação

A inclusão das crianças no processo de mediação é um tópico controverso, pois, para definir se ocorrerá ou não, utilizam-se critérios de definição frágeis, instáveis e subjetivos. O art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança⁶⁰, incluída no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 99.710/1990, define:

”1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

O art. 43º do mesmo diploma estabeleceu a criação do Comitê dos Direitos da Criança, entidade destinada a monitorar a implementação da Convenção pelos Estados-parte. Em 2009 publicou o Comentário Geral 12 CRC/C/GC1⁶¹ listando os requisitos básicos para aplicação do art. 12º. O documento estipulou as condições para que se colha o depoimento das crianças, determinando que o procedimento seja informativo, voluntário, respeitoso, relevante,

⁶⁰ BRASIL, Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. *Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 25 de maio de 2017.

⁶¹ ONU. Observação Geral nº 12 de 2009. *Dispõe sobre o direito da criança a ser escutada*. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc>. Acesso em 24 de junho de 2017

amigável, inclusivo, seguro, sensível e mensurável, no sentido de acompanhamento e avaliação.

Andreia Chrystêllo⁶² aponta vantagens e desvantagens sobre a audição das crianças na mediação. Dentre as vantagens, explana que as crianças têm direito à informação do que se passa na família e, assim, podem compreender melhor as decisões tomadas pelos pais. A equipe multidisciplinar, que conta com psicólogos e assistentes sociais, oferece apoio especializado para que possam fazer perguntas, expressarem preocupações e interesses próprios. Por fim, indica que a mediação facilita o fluxo de comunicação familiar e evidencia que os pensamentos dos filhos devem ser tratados com amor, respeito e dignidade.

Como desvantagens, inicia defendendo que a responsabilidade sobre o conflito parental não cabe às crianças, mas acaba se transferindo a elas. A participação pode intensificar o sentimento de culpa e ansiedade e criar expectativas irrealistas. Por não entender do que se trata, os menores podem se sentir constrangidos a fazer escolhas sobre um pai ou outro e sobrevalorizar um dos polos. Podem também não julgar de forma confiável quais serão seus interesses a longo prazo e, portanto, fazerem escolhas das quais podem se arrepender. Um risco é a exposição desnecessária ao conflito dos pais, que podem ser incapazes de controlar seus sentimentos na presença dos filhos.

Conclui-se, em desfavor da audição das crianças, que há demasiada pressão para expor sentimentos, pensamentos e opiniões com a “razão, racionalidade e autonomia que não possuem”⁶³. Além disso, a influência dos pais pode ser contraproducente e impor severas dificuldades, na hipótese de alienação parental ou de os pais não estarem aptos a modificar o acordo para acomodar as preocupações dos filhos⁶⁴.

Por outro lado, a mediação é a oportunidade ideal e mais viável para dar voz às crianças. Os Tribunais possuem carga simbólica negativa e o depoimento nos processos judiciais pode ser uma experiência muito traumática para o menor⁶⁵. É boa para os filhos, que se sentem “protegidos porque estão informados”, e bom para os pais, que “passam a [vê-los] como indivíduos com autonomia própria”⁶⁶.

⁶² CHRYSTÊLLO, 2013, p. 45-48.

⁶³ POÇAS, Isabel. *A participação das Crianças na Mediação Familiar*. Portugal: Revista da Ordem dos Advogados, 2013, p. 851.

⁶⁴ PEREIRA, 2011, p. 46.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁶ POÇAS, *op cit*, p. 850.

Portanto, como requisitos mínimos para permitir a inclusão da criança no processo de mediação, Isabel Poças⁶⁷ atenta para a maturidade da criança, definida pela idade ou pelo nível de desenvolvimento cognitivo e emocional; a dependência a um dos pais; a natureza do relacionamento dos pais antes e depois da separação; a gravidade do conflito familiar; a escolha de um lugar acolhedor; a adaptação do procedimento à cultura, religião e etnicidade da família⁶⁸; se a criança se sente culpada; e a vontade da criança em participar do procedimento.

Sobre as técnicas, Poças⁶⁹ indica que crianças mais novas se comunicam melhor por meio de jogos, como role plays em que possam usar brinquedos e interpretar os bonecos como se fossem os participantes da sua família. A intervenção de um psicólogo é indispensável nesse caso. Crianças mais velhas, por sua vez, comunicam-se melhor quando postas para conversar com outras crianças. Por fim, Poças indica que o melhor momento para incluir a criança na mediação seja qualquer um antes da tomada definitiva de todas as decisões⁷⁰, para não retirar da criança o seu poder opinativo e participativo das decisões que afetarão sua vida.

1.3.5. Eficiência e benefícios

Muitos são os fatores que fazem da mediação um meio mais eficiente para solucionar conflitos familiares em face dos processos comuns. Primeiramente, é fundamental considerar que o principal objetivo da mediação é o restabelecimento da comunicação entre as partes⁷¹. O diálogo leva a uma solução mais adequada à realidade dos envolvidos e, como resultado, os acordos obtidos são cumpridos com maior facilidade. Isso significa que a mediação é inaplicável em casos nos quais os cônjuges demonstrem séria vontade de culpabilização e de permanecerem em conflito⁷², devido à impossibilidade de se chegar a um consenso. Se o

⁶⁷ Ibidem, p. 853.

⁶⁸ Ibidem, p. 857.

⁶⁹ Ibidem, p. 853-854.

⁷⁰ Ibidem, p. 854-855.

⁷¹ MASCARENHAS, 2011, p. 23.

⁷² PEREIRA, 2011, p. 30.

conflito não for totalmente decidido, não deixará de existir e voltará a causar problemas⁷³, assim como ocorre nos processos judiciais⁷⁴.

A isonomia de condições das partes é outro fator importante para o sucesso da mediação. Nota-se que tal método surgiu em um contexto de empoderamento das mulheres e da criação de leis sobre o divórcio, de forma que atendesse ao pleito por meios alternativos de resolução de conflitos que fossem mais céleres e eficazes diante da crise do sistema judiciário.

Como já mencionado anteriormente, a Revolução Industrial fomentou severas modificações no seio familiar, realocando as famílias do meio rural aos centros urbanos e criando demanda pela mão-de-obra feminina. Posteriormente, em meados do século XX, observou-se um padrão que fugia ao conceito tradicional de família, evidenciando a maternidade no celibato, o concubinato e a separação. Maior independência das mulheres foi conseguida com o aparecimento de métodos contraceptivos e o acesso à educação, inclusive o direito de ingresso nas universidades. Nessa lógica, Andreia Christêllo elucida:

“Com efeito, um conjunto de causas sociais, culturais e financeiras e médicas levaram a uma diminuição da fecundidade, nomeadamente o ingresso da mulher à vida ativa e profissional e o aparecimento de métodos contraceptivos, que lhe permitem o controlo da gravidez. Deste modo, o casamento passa a ser visto de uma forma flexível, uma vez que tanto o homem como a mulher passam a ter mais possibilidades para a realização pessoal e a união passa a ter mais probabilidades de acabar, deixando de vigorar o lema ‘até que a morte os separe’.”⁷⁵

Tais inovações trouxeram a ideia de que “(...) tanto [o] homem como [a] mulher passam a ter espaço e oportunidade para a realização dos seus projectos pessoais e a união passa a ter a possibilidade de se romper”⁷⁶. Isto posto, extinguiu-se a concepção de que a separação indicava o fracasso da unidade familiar.

Neuma Aguiar explicita que este foi o momento propício para a “(...) institucionalização do divórcio, o que situa novos parâmetros de vida para as mulheres (...) à

⁷³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual Civil, 2010 p. 81 apud BORTOLAI, Luís H. *Mudanças de Paradigma nas Ações de Família Frente à Redação do Novo Código de Processo Civil: Da citação à mediação e a importância da linguagem jurídica na busca pela resolução saudável dos conflitos*. [S.I.]: Revista Jurídica Cesumar, 2015, p. 336.

⁷⁴ BONN, 2012, p. 246.

⁷⁵ CHRYSTÊLLO, 2013, p. 18.

⁷⁶ PEREIRA, 2011, p. 13.

procura de um projeto de identidade e autonomia”⁷⁷. Entretanto, Brian H. Bix clama atenção para o fato de que nas separações sempre há uma parte mais vulnerável do que a outra⁷⁸. A mediação remedia esse quadro por promover a isonomia das partes como requisito para o seu empreendimento. Leticia G. Villaluenga dispõe:

“Respecto al equilibrio de hombres y mujeres en las mediaciones, si bien se entienden las suspicacias que generó en su día, hay que considerar que una de las labores más importantes que ha de desarrollar el mediador en las sesiones, y en la que ha de poner mayor interés, es precisamente la de equilibrar el poder de las partes.”⁷⁹

Inicialmente a mediação foi criticada pelo feminismo porque não oferecia nenhuma garantia isonômica, considerando que a mulher era, na maioria das vezes, a parte mais débil em um conflito matrimonial⁸⁰. Após estudos e adaptações, foi acrescentada ao papel do mediador a incumbência de criar condições igualitárias entre as partes para balancear os poderes.

O equilíbrio de condições das partes para garantia da isonomia coaduna com o princípio da não-adversariedade na perspectiva de promover vantagens para todos os envolvidos, além de prevenir situações de desigualdade e violência de gênero. Parte disso se deve ao fato de que, na mediação, os advogados não são as figuras principais e as partes têm papel ativo. O diálogo permite a conversão dos estados de espírito, de sorte que, ao se escutarem os anseios e pontos de vista, a raiva desapareça e a confiança possa ser restaurada⁸¹.

No mesmo escopo, tem-se que a mediação oferece mais suporte às famílias, pois permite o serviço não só de advogados, mas de assistentes sociais e psicólogos para auxiliar as partes e as crianças que participem dela. A expressão das emoções não tem espaço na frieza da justiça⁸² e, em vista disso, a interdisciplinaridade assessora a formação de acordos mais abrangentes e compreensivos pelo suporte que oferece.

⁷⁷ AGUIAR, Neuma. *Gênero e Ciências Humanas: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres*. Rio de Janeiro: Ed. Rosa das Tempos, 1997, p. 13.

⁷⁸ BIX, Brian H. *Agreements in American Family Law*. [S.I.]: International Journal of the Jurisprudence of the Family, 2013, p. 9-12.

⁷⁹ VILLALUENGA, 2007, p. 85.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 84.

⁸¹ BONN, 2012, p. 237.

⁸² *Ibidem*.

O papel do mediador deve obedecer ao princípio da neutralidade, imparcialidade e credibilidade já explicitado. A neutralidade diz respeito à indiferença que deve se transparecer diante das partes para não as influenciar ou as persuadir de qualquer forma. A imparcialidade se configura quando o mediador não se inclina para um dos lados, concedendo privilégios ou ignorando objeções. A credibilidade é alcançada pelo cumprimento dos dois quesitos anteriores, de maneira que as partes tenham se esforçado autonomamente para definir os termos do acordo sortido pelas sessões de mediação.

A vocação do mediador é perceber os pontos de convergência e divergência entre a fala das partes e aprimorar a capacidade de comunicação entre os mediados, confluindo para o cumprimento do objetivo principal da mediação. No processo judicial os advogados operam pelo método de ganho e perda, valendo-se do poder argumentativo e em prol do próprio interesse financeiro. Na mediação os mediadores criam um ambiente colaborativo, priorizando o interesse pessoal dos mediados.

O princípio da informalidade também se revela nesse contexto. Porque as partes possuem voz nas sessões de mediação, a linguagem tende a ser mais acessível. Por esta razão, a mediação contribui para a democratização do acesso à justiça, uma vez que a linguagem técnica utilizada nas peças e audiências impõem uma barreira linguística às partes. Assim questiona Luís H. Bortolai: “Acertadamente é a linguagem jurídica a comunicação entre os operadores do direito, porém somente a estes o direito pertence?”⁸³. O preciosismo jurídico busca “(...) afastar o cidadão de quem exerce o poder”⁸⁴ e, portanto, não é compatível com os princípios da mediação.

A utilização de técnicas criativas e personalizadas caracteriza a versatilidade da mediação. Além da linguagem mais acessível, a inexistência de código de vestimenta e a eleição de um espaço fora dos tribunais para realizar as sessões convergem para o caráter informal desse procedimento⁸⁵.

O juiz, por ser um terceiro não interessado, não se simpatiza com a causa e não injeta esperanças, inseguranças e rancores na sua decisão. Se nos processos os juízes dizem direito, na mediação o direito se adapta ao requerimento das partes. As sentenças judiciais são

⁸³ BORTOLAI, 2015, p. 343.

⁸⁴ MATURANA, Márcio. *Guerra contra o 'juridiquês' pode levar a mudanças em projetos de lei*. Brasil: Agência Senado, 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/guerra-contra-o-2018juridiques2019-pode-levar-a-mudancas-em-projetos-de-lei>>. Acesso em: 24 de junho de 2017.

⁸⁵ BORTOLAI, op cit, p. 337.

voltadas somente para os aspectos jurídicos do conflito⁸⁶, enquanto os acordos se voltam para a paz social. Retira-se a visão patrimonial e vingativa da lide e transfere-se a atenção para os efeitos que se desencadearão após o fim da relação⁸⁷.

A capacidade prática do acordo e a valorização da comunicação entre as partes são preceitos constantes que a mediação visa assegurar. Além disso, a durabilidade é uma das características que fazem da mediação um método mais atrativo para redirecionar os envolvidos à solvência do conflito.

Mayara A. Bonn realizou estudo em 2012 sobre a implantação de um Núcleo de Mediação no município de Frederico Westphalen, no Rio Grande do Sul. Concluiu que, apesar de à época não existir legislação específica para a mediação, sua aplicação resultou prática e eficaz⁸⁸. Dentre seus resultados, identificou que, de 62 procedimentos de mediação realizados, 48 resultaram em acordo e 14 retomaram o litígio, incorrendo em 77% de sucesso. Depreendeu também, a partir de questionários aplicados a todos os participantes ao final das sessões, que em 90% do número total de casos “(...) a mediação [havia sido] um método eficaz, independente do resultado obtido”⁸⁹, declarando, por fim, que trata-se da via com maior capacidade resolutiva e duradoura⁹⁰.

“O instituto da mediação se apresentou como uma forma mais humana de resolver conflitos, auxiliando com isso na diminuição do impacto traumático gerado por estes, e auxiliando na manutenção da estrutura familiar primando pelo bom relacionamento entre os envolvidos através do diálogo. (...) Ademais, há uma preocupação com a manutenção dos laços de afetividade entre os envolvidos, uma busca pela retomada do diálogo proporcionando a manutenção dos laços parentais existentes. Pelo fato das próprias partes solucionarem seus conflitos livremente, a probabilidade de uma nova disputa é mínima, diferente dos processos judiciais que acabam gerando novas ações posteriores. (...) através do diálogo da mediação é possível chegar a soluções definitivas, justas e céleres.”⁹¹

A eficiência da mediação deriva da garantia de completude das soluções dos litígios, da promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Todos esses esforços se

⁸⁶ BONN, 2012, p. 235.

⁸⁷ Ibidem, p. 238-244.

⁸⁸ Ibidem

⁸⁹ Ibidem, p. 247.

⁹⁰ Ibidem, p. 245.

⁹¹ Ibidem, p. 246.

combinam para evitar a ruptura da estrutura das famílias⁹², considerando que os laços afetivos e familiares não se rompem, ou não deveriam ser rompidos, pela eventualidade de uma separação. Desfazem-se, apenas, os laços matrimoniais. A mediação, portanto, consiste na melhor opção diante dos benefícios que oferece em face da convivência pacífica do ex-casal e do melhor interesse das crianças.

⁹² Ibidem, p. 237.

Capítulo 2: Direito Estrangeiro

No presente capítulo serão analisadas legislações estrangeiras sobre mediação em três territórios geográficos distintos. Em primeiro lugar, será retomado o advento da mediação nos Estados Unidos e as primeiras preocupações que surgiram no desenvolvimento desse método. Em seguida serão examinados os instrumentos disponíveis no âmbito da Europa e as experiências específicas da França, Espanha e Portugal. Por fim, será feito um panorama sobre a existência de legislação sobre mediação nos países do Mercosul, a fim de investigar similaridades e divergências em escala regional.

2.1. O surgimento da mediação nos Estados Unidos

A mediação foi criada nos Estados Unidos na segunda metade da década de 70⁹³ por O. J. Coogler, advogado e psicólogo que “(...) [utilizou] sua própria experiência de divórcio para estudar e desenvolver aquilo que considerava ser um ‘método eficaz para resolver conflitos relacionais de ordem judicial’”⁹⁴. Ainda nos anos 70 a atividade se dispersou à Grã-Bretanha e, na década seguinte, chegou ao Canadá⁹⁵.

Coogler partiu da ideia de que várias famílias em situação de conflito prefeririam chegar a uma solução por conta própria ao invés de outorgá-la a um juiz. Recebeu menos atenção inicialmente do que as outras formas alternativas de resolução de controvérsias pelo fato de não encontrar extensas áreas de atuação fora da seara familiar, sendo vista como uma subcategoria ou como um processo auxiliar da negociação⁹⁶.

Efetivamente, a mediação absorveu aspectos da negociação bilateral, principalmente no sentido de cessão dos interesses individuais para se chegar a um acordo, das etapas do procedimento e do papel facilitador do negociador-mediador⁹⁷.

Sem embargo, Simon Roberts⁹⁸ aponta duas diferenças essenciais entre os dois processos: a intervenção do terceiro imparcial - que resulta na diminuição do poder decisório

⁹³ CHRYSTÉLLO, 2013, p. 18.

⁹⁴ SANTOS, 2016, p. 47.

⁹⁵ PEREIRA, 2011, p. 20-21.

⁹⁶ ROBERTS, Simon. *Mediation in Family Disputes*. [S.I.]: The Modern Law Review, 1983, p. 548.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 549.

das partes - e a manutenção do equilíbrio de poder entre as partes - que deve ser percebida e ajustada pelo mediador. Os valores e princípios envolvidos na mediação reduzem substancialmente o quadro normativo útil em comparação à negociação bilateral, tornando-os intrinsecamente diferentes por sua natureza.

Os acordos bilaterais são profundamente enraizados no cotidiano jurídico da legislação americana, inclusive no que se refere a Direito de Família, sinalizando o protagonismo que os Estados Unidos tomaram na instituição da mediação.

"For example, there are premarital agreements, marital agreements, separation agreements, open adoption agreements, co-parenting agreements, surrogacy agreements, formal and informal gamete donation arrangements, and agreements on the disposition of frozen embryos."⁹⁹

Pelo fato de se tratarem de práticas já consolidadas, garante-se uma fluência desconhecida por demais países cuja legislação é intensamente tomada pelo enrijecimento das leis.

"(...) people can enter agreements on family matters with partners, spouses, children and others that may work perfectly well without the need or desire for intervention by lawyers and courts. In the United States, the legal and social situation is such that people can arrange their family lives in many and diverse ways with little fear of legal or social sanction."¹⁰⁰

De outro modo, o foco no processo de elaboração do acordo acomete em dois desdobramentos. Um deles é a superveniência de efeitos contraditórios ou prejudiciais, seja por precipitação ou precaução excessiva. O outro acaba gerando, assim como os processos judiciais, uma situação de adversariedade, como se a disputa entre partes em condições desiguais de poder se disfarçasse de negociação. Esta é, por sua vez, a principal obstinação à imposição excessiva de acordos privados, que desprotegem as partes mais vulneráveis e desencorajam a formação de compromissos efetivos e duradouros¹⁰¹. Ambos são efeitos que destoam dos princípios da mediação familiar.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ BIX, 2013, p. 115.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem, p. 131.

2.2. O modelo legislativo europeu sobre mediação

Como se verá no presente tópico, a mediação, inclusive a internacional, é prática usual nos países europeus. Muitos são os motivos que podem explicar esse fenômeno. Considerando que os primeiros tratados internacionais sobre família surgiram no âmbito da Europa, é possível afirmar que existe similaridade entre as legislações que propicia o desenvolvimento da prática de vias alternativas para resolver conflitos. Além disso, pelo fato de haver livre circulação de pessoas dentro dos países-membros da União Europeia, é instintivo inferir que haja maior fluxo migratório e, por conseguinte, maior número de formações familiares bi-nacionais, requerendo regulamentação sobre conflitos internacionais que envolvem múltiplas legislações. A seguir serão apresentados alguns dos documentos que regem essa relação em nível multinacional, bem como o tratamento dado especificamente à mediação na França (observando que foi o país responsável por estabelecer o canal pelo qual a mediação chegou à Europa), na Espanha e em Portugal (por serem países que possuem maior afinidade com a legislação brasileira).

2.2.1. Conselho da Europa

O Conselho da Europa é uma organização internacional de personalidade jurídica própria, criado em 1949 e formado por 47 países, incluindo os 28 que formam a União Europeia. Foi estabelecido para promover a democracia, a proteção dos direitos humanos e a regra das leis na Europa. Não se deve confundir o Conselho da Europa com o Conselho Europeu, que se trata de uma reunião trimestral dos Chefes de Estado com o Governo da União Europeia para fixar as grandes linhas políticas desse bloco. Há ainda o Conselho da União Europeia, formado pelos Ministros de Governo de cada país, que se reúnem para alterar e aprovar legislações e coordenar políticas¹⁰².

O Comitê de Ministros é o órgão estatutário decisório do Conselho da Europa, formado pelos Ministros das Relações Exteriores dos países-membros. As reuniões acontecem anualmente, com o objetivo de adotar decisões previamente negociadas e torná-las

¹⁰² Informações disponíveis em: <<http://www.coe.int/pt/web/about-us/do-not-get-confused>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

operantes. Lançou, em 1998, a Recomendação (98) 1, o primeiro documento oficial a nível internacional na Europa referente à mediação familiar¹⁰³. Entre as motivações para criá-lo estão o reconhecimento do “número crescente de litígios familiares, particularmente daqueles que resultam de uma separação ou de um divórcio”; a “necessidade de assegurar a proteção dos interesses superiores da criança e do seu bem-estar”; o “desenvolvimento de vias de regulação amigável dos litígios”; e a “internacionalização crescente das relações familiares e os problemas absolutamente específicos associados a este fenómeno”.

A Recomendação (98) 1 requestou aos governos, nos arts. 11.1 e 11.2, que instituíssem, promovessem ou fortalecessem a mediação familiar e, além disso, que tomassem ou reforçassem todas as medidas que julgassem ser necessárias com vista a assegurar a aplicação de princípios uniformizados para sua promoção e utilização como meio apropriado de resolução dos litígios familiares.

O objetivo de se padronizar os princípios era eliminar barreiras que surgissem na hipótese de mediação em casos de dimensão internacional, para que a natureza das legislações fosse mais compatível. Sobre o campo de aplicação, o documento definiu que as leis nacionais teriam autonomia para definir as relações familiares e quais questões ou casos seriam abrangidos pela mediação familiar. Esta não deveria ser obrigatória e os Estados teriam liberdade para organizá-la ou instituí-la por intermédio do setor público ou privado.

Os países criariam mecanismos que assegurassem a existência de procedimentos para a seleção, formação e qualificação dos mediadores, bem como normas de boas práticas que deveriam ser elaboradas e seguidas. Os mediadores deveriam operar pelos princípios da imparcialidade e neutralidade, fazer o possível para garantir a isonomia das partes, priorizar o interesse superior do menor e requerer assessoria jurídica se assim fosse necessário.

O documento requisitou aos países que facilitassem a aprovação de acordos alcançados por meio da mediação por parte das autoridades competentes e que criassem mecanismos de execução desses acordos. Foi ordenado o reconhecimento da autonomia da mediação e da possibilidade de ocorrer antes, durante ou depois do processo judicial mediante interrupção da prescrição. Estabeleceu, ainda, que a promoção do desenvolvimento da mediação familiar fosse feita por meio de programas informativos.

¹⁰³ CONSELHO DA EUROPA. *Recomendação n.º R (98) 1 do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre a Mediação Familiar*. 1998. Disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo38.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

Sobre as questões internacionais, previu a oportunidade de instituir mecanismos de mediação para casos que apresentassem elementos de conexão com o estrangeiro, em especial para as questões relativas à criança. Considerou a mediação internacional como um processo perfeitamente apropriado, exceto quando se configure um procedimento mais lento do que o ordinário em casos de subtração internacional de menores. Por fim, determinou a aplicação de todos os princípios já elencados na hipótese de mediação internacional.

2.2.2. Parlamento Europeu

Assim como o Comitê de Ministros para o Conselho da Europa, o Parlamento Europeu é o órgão legislativo da União Europeia. O Parlamento é eleito diretamente pelos cidadãos europeus em mandatos de 5 anos. Seus poderes legislativos emanam da capacidade de decidir sobre acordos internacionais e adotar legislações junto ao Conselho da União Europeia, cujas propostas devem ser obrigatoriamente submetidas pela Comissão Europeia.

Uma dessas propostas foi a Comunicação da Comissão ao Parlamento “respeitante à adoção de uma diretiva relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, submetida em 2004 e adotada em posição comum em 2008”¹⁰⁴. Atenta-se para o fato de que a abrangência desse acordo é menor do que a Recomendação (98) 1 do Conselho da Europa, pois se restringe aos países-membros da União Europeia.

O documento abrange o recurso à mediação em litígios transfronteiriços e internos por uso da interpretação restritiva do art. 65 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia:

“Art. 65.º: As medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil que tenham uma incidência transfronteiriça, a adoptar nos termos do artigo 67.o e na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno, têm por objectivo, nomeadamente:

a) Melhorar e simplificar: — o sistema de citação e de notificação transfronteiriça dos actos judiciais e extrajudiciais, — a cooperação em matéria de obtenção de meios de prova, — o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial, incluindo as decisões extrajudiciais;

¹⁰⁴ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Posição comum adoptada pelo Conselho tendo em vista a aprovação da directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial*. 2008. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/commonpositions/2008/pdf/c6-0132-08_pt.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2017.

b) Promover a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição;

c) Eliminar os obstáculos à boa tramitação das acções cíveis, promovendo, se necessário, a compatibilidade das normas de processo civil aplicáveis nos Estados-Membros.”¹⁰⁵

Determinou que o âmbito de aplicação da diretiva deve ser o mais amplo possível, estabelecendo que, não existindo homogeneidade das questões processuais, os Estados-membros devem permitir que as partes recorram às vias judiciais ou arbitrais sem impedimentos ou prejuízos. Afastou as resoluções da Comunicação dos acordos celebrados voluntariamente pelas partes, uma vez que esse tipo de negociação não enseja a interrupção da prescrição, e exigiu que o desenvolvimento da mediação na União Europeia fosse abordado nos relatórios produzidos pela Comissão.

2.2.3. França

O instituto da mediação no sistema francês surgiu em momento propiciado pela introdução à ideia de divórcio por consenso mútuo em 1975 e de guarda compartilhada em 1987¹⁰⁶. Estatísticas mostram que em 1970 verificaram-se 37.447 divórcios e, em 1980, após a condição de concordância entre ambas as partes, esse número aumentou para 105.000. Na década de 90 a taxa de divórcios era de 30 para cada 100 casamentos celebrados.

A mediação familiar na França foi introduzida por influência canadense. Membros desses serviços que operavam em Quebec participaram de várias reuniões organizadas por associações interessadas em implantar esse procedimento. Uma delegação de profissionais franceses, então, viajou à Quebec para participar de treinamentos¹⁰⁷.

A primeira versão do modelo de mediação francês foi inspirada no modelo de Quebec¹⁰⁸. A confidencialidade era uma das premissas mais importantes, por definir que o conteúdo da mediação não poderia ser utilizado em um processo judicial e que o mediador não poderia ser eventualmente chamado como testemunha. O serviço era obrigatoriamente

¹⁰⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Roma de 1957. *Constitui a União Europeia*. Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ce32120061229pt00010331.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

¹⁰⁶ BASTARD; CARDIA-VONECHE, 1993, p. 271.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 272.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 273.

voluntário e as partes poderiam desistir a qualquer momento. A presença de um advogado-consultor era encorajada, assim como a consulta a demais experts, como contadores, de acordo com as próprias necessidades.

Os governos passaram a se interessar pela mediação e o Ministério do Direito das Mulheres tomou o protagonismo, acreditando que seria uma área frutífera no sentido de prevenir consequências adversas do divórcio. O Ministério da Justiça se prontificou a monitorar a evolução dessas novas práticas. Ambos os Ministérios organizaram uma missão à Quebec em 1988 e patrocinaram um programa de pesquisa para estudar o desenvolvimento da mediação familiar na França, fundando esquemas experimentais e projetos piloto¹⁰⁹.

A dispersão da mediação chamou atenção para um rascunho de lei sobre mediação, por meio de uma revisão do Código de Processo Civil. A primeira versão especificou que o mediador não deveria agir como um mediador profissional ou como se conduzisse mediações regularmente como uma atividade auxiliar. O objetivo era evitar a criação de uma nova instituição burocrática e impedir que advogados desenvolvessem mediação paralelamente com fins lucrativos, mas o erro foi logo percebido e retificado¹¹⁰.

Após a visita à Quebec em 1988, novas organizações passaram a praticar mediação familiar na França, contando com profissionais do setor público (assistentes sociais, educadores, conselheiros matrimoniais e investigadores sociais), profissionais da psicologia (terapeutas, psicólogos e psicanalistas), profissionais do Direito (juízes, advogados e acadêmicos), entre outros (como pessoas divorciadas, para que pudessem compartilhar suas experiências pessoais)¹¹¹.

Os principais desafios enfrentados foram o treinamento de mediadores e a montagem do serviço¹¹². Nesse sentido, afastou-se o modelo de Quebec para adaptá-lo ao contexto e legislação franceses. Como a mediação era pouco conhecida, sua demanda era limitada. O resultado eram salários baixos e mais mediadores do que se necessitava de fato, reduzindo a qualidade do treinamento.

Abrir um serviço de mediação exigia a captação de recursos financeiros nem sempre tão acessíveis, podendo vir das autoridades locais, do setor privado, de honorários ou do governo, todavia, além de esse último ser limitado, a prioridade para o orçamento público é

¹⁰⁹ Ibidem, p. 272.

¹¹⁰ Ibidem, p. 272-273.

¹¹¹ Ibidem, p. 274.

¹¹² Ibidem, p. 277-280.

dada aos programas já estabelecidos e operantes. Instaure-se assim uma dicotomia sobre o papel do Estado: depender de verba estatal para construção de espaços direcionados à realização das sessões de mediação e oferecimento de cursos de capacitação e, ao mesmo tempo, almejar a independência e a desassociação do Poder Judiciário.

2.2.4. Espanha

A mediação na Espanha foi incluída pela Lei nº 15/2005, que alterou o Código Civil e a Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio¹¹³. O instituto obteve espaço após três inovações legislativas: o reconhecimento da igualdade dos cônjuges pela Constituição de 1978, permitindo que pudessem negociar em condições equitativas; a promulgação da Lei nº 11/81, que alterou o Código Civil em matéria de filiação, custódia e regime econômico do casamento; e a Lei nº 30/81, que determinou o procedimento a ser seguido em casos de nulidade, separação e divórcio.

A região da Catalúnia já havia incorporado a mediação familiar em 2001 por meio da Lei nº 1/2001, conceituando-a como um “instrumento de paz social em apoio a la familia y de los intereses superiores de los niños, con capacidad de promover la participación ciudadana en la administración de justicia, pero con un importante reconocimiento como servicio social especializado”¹¹⁴.

Ambas as leis convergem no sentido de definir a mediação como um processo voluntário, extrajudicial e complementar às vias jurisdicionais. O âmbito de abrangência do método integra os direitos disponíveis, entretanto, essa definição diverge da lei brasileira, pois se estende a questões de alimentos e guarda.

“Así, alimentos, emancipación, capitulaciones matrimoniales, algunos efectos personales del matrimonio, como la elección del domicilio, el convenio regulador en crisis matrimoniales o de pareja con hijos, el derecho de visita con abuelos y otros parientes del hijo menor y ciertas cuestiones relativas a instituciones tutelares, sucesiones, acogimiento y a adopción, entre otras, pueden beneficiarse de este proceso no adversarial de resolver los conflictos.”¹¹⁵

¹¹³ VILLALUENGA, 2007, p. 88.

¹¹⁴ Ibidem, p. 89-90.

¹¹⁵ Ibidem, p. 91.

Porque os instrumentos mencionados se baseiam nos documentos aprovados a nível internacional, as leis espanholas instituíram a inscrição obrigatória dos mediadores no Registro de Mediadores Familiares, ainda que não se exija formação ou capacitação específica, para evitar impedimentos de implementação por questões de ordem pública.

2.2.5. Portugal

A mediação familiar em Portugal é uma área relativamente nova, portanto, menos desenvolvida e divulgada¹¹⁶. Os esforços para incluí-la no sistema português se iniciaram nos anos 90, uma década de atraso em relação aos demais países europeus.

Em 1993 foi criada a primeira estrutura de mediação familiar por advogados, psicólogos e terapeutas, com a fundação do Instituto Português de Mediação Familiar. Quatro anos mais tarde, a Associação Nacional para a Mediação Familiar, em conjunto com o Centro de Estudos Judiciários, ministrou o primeiro curso para capacitação de mediadores. No mesmo ano foi estabelecido Protocolo de Colaboração entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados para criar o Projeto de Mediação Familiar em Conflito Parental. Em 1999 foi instituído o Gabinete de Mediação Familiar para assessorar divórcios e separações. A atuação do serviço público se limitou aos casos envolvendo menores, objetivando orientar os progenitores na regulação do exercício de suas responsabilidades parentais. Posteriormente, em 2000, o Ministério da Justiça criou um Sistema Nacional de Mediação Familiar¹¹⁷.

A incorporação na legislação portuguesa se deu com a Lei nº 61/2008¹¹⁸, que inseriu modificações no procedimento jurídico do divórcio¹¹⁹. Instituiu no art. 1.779, nº 1º, que o juiz designará uma audiência de conciliação após o pedido e a citação do réu¹²⁰ e que a contestação só será apresentada caso o réu não compareça à conciliação ou no fracasso de acordo¹²¹.

¹¹⁶ CHRYSTÉLLO, 2013, p. 3.

¹¹⁷ Ibidem, p. 19-20.

¹¹⁸ PORTUGAL. Lei nº 61 de 31 de outubro de 2008. *Altera o regime jurídico do divórcio*. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/lei-n-61-2008-de-31-de>> . Acesso em 26 de maio de 2017.

¹¹⁹ CHRYSTÉLLO, op cit, p. 26.

¹²⁰ Ibidem, p. 31.

¹²¹ Ibidem, p. 32.

O art. 1774 da mesma Lei preceituou: “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”, com o objetivo de promover as vias extrajudiciais. É vedado ao juiz, entretanto, pressionar as partes a escolherem a mediação como forma de libertá-las do processo¹²². Se as partes concordarem em avançar com a mediação, será assinado um termo de consentimento e se realizarão quantas sessões se mostrarem necessárias para alcançar um acordo, que será submetido para homologação por juiz ou conservador¹²³ para produzir efeitos jurídicos.

A Lei nº 61/2008 também alterou a denominação do instituto "poder paternal" para “responsabilidade parental”, por entender que excluía a ascendência materna e tratava a criança como um objeto de posse do pai, não como um sujeito de direitos. Assim, foi trazida a ideia de partilha entre os progenitores e o sentido de uma obrigação, de algo que independe da vontade de cumprimento¹²⁴.

O art. 1878 do Código Civil prescreve:

“1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.”

Os poderes-deveres relativos à responsabilidade parental de natureza pessoal concernem à guarda, à vigilância, ao sustento e à educação¹²⁵. Os poderes-deveres de natureza patrimonial incluem a administração dos bens do menor e a representação no cumprimento de suas obrigações¹²⁶.

¹²² Ibidem, p.33.

¹²³ “Os conservadores são funcionários públicos responsáveis pelo registo e pela publicidade de atos e factos jurídicos respeitantes a imóveis, móveis sujeitos a registo, à atividade comercial e à vida dos indivíduos. A sua função corresponde, essencialmente, à verificação da legalidade daqueles e dos documentos que os acompanham face ao ordenamento jurídico, e da garantia de que os direitos constantes nos documentos que titulam os factos a registar estão definidos corretamente e respeitam a ordem de inscrição legalmente exigível, bem como da sua publicação, podendo assim admitir, ou não, o ato ou facto jurídico à inscrição registral.”. Informações disponíveis em: <https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-pt-pt.do>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹²⁴ SANTOS, 2016, p. 6-7.

¹²⁵ Ibidem, p. 11-14.

¹²⁶ Ibidem, p. 15-16.

A educação do menor, como elencado no dispositivo acima, é uma das responsabilidades parentais estabelecidas pelo legislador. Porém, desde que a educação seja proporcionada, a forma como for provida compete somente à escolha dos pais. Deste modo, é possível concluir que aos pais pertence o direito à escolha de como proporcionar as responsabilidades parentais, mas a execução das mesmas se direciona à realização dos interesses da criança¹²⁷.

2.3. As legislações sobre mediação nos Estados-parte e associados do Mercosul

A mediação como via alternativa de resolução de conflitos é menos difundida na América Latina em comparação aos países que têm maior nível de desenvolvimento social e econômico. Vânia Pereira descreve que “na maioria dos países desenvolvidos – Estados Unidos da América, Canadá, Inglaterra, Austrália, Escandinávia, França, Espanha, Bélgica, Alemanha e Itália – o conceito de ‘Mediação Familiar’ é conhecido há algumas décadas”¹²⁸. Por outro lado, Paula C. Camus avalia que, nos países latinos, “la cultura legal litigiosa y autoritária de neutras sociedades [...] no [favorece] a los mecanismos de negociación y los acuerdos que emanen de las partes”¹²⁹.

2.3.1. Estados-Parte

A Argentina, em 1995, tornou-se o primeiro Estado-parte do Mercosul a incluir uma lei sobre mediação no seu ordenamento e é o país com a legislação mais sofisticada sobre essa prática de todo o bloco. No art. 1º da Lei nº 26.589 de 2010¹³⁰ incluiu “con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. (...) Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren

¹²⁷ Ibidem, p. 10.

¹²⁸ PEREIRA, 2011, p. 7.

¹²⁹ CAMUS, 2014, p. 115.

¹³⁰ ARGENTINA. Lei nº 26.589 de 15 de abril de 2010. *Establece con carácter obligatorio a mediación previa a procesos judiciales*. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia”¹³¹. O art. 11 exige que o mediador seja advogado com pelo menos três anos de prática e que se inscreva no Registro Nacional de Mediadores. O art. 31 descreve o instituto da mediação familiar, especificando que alcança questões sobre alimentos, guarda, regime de visitação, divisão dos bens, separação ou divórcio, questões patrimoniais e danos ou prejuízos derivados das relações familiares. Os arts. 32 e 33 determinam as hipóteses de conclusão antecipada da mediação e os requisitos adicionais para mediadores de família.

A primeira aparição na legislação boliviana data de 1997 e, a mais recente, de 2015¹³². A mediação, de modo geral, é facultativa e integrada aos processos de conciliação¹³³. Não se regulam no presente diploma os requisitos de capacitação do mediador, apenas os do conciliador, determinando a comprovação da competência demonstrada em conciliação e formação especializada, além do registro obrigatório.

No Paraguai se instituiu a Lei nº 1.879 sobre Arbitragem e Mediação em 2002¹³⁴. O instituto é facultativo e não pode ser suscitado após sentença que constitua coisa julgada. Pelo art. 65, o mediador deve participar em um curso de capacitação especial oferecido por um Centro de Mediação e registrar-se obrigatoriamente.

No Uruguai a primeira menção à resolução de litígios pelas vias extrajudiciais foi feita na reforma do Código de Processo Civil em 1989. Em 1992 o Governo do Uruguai e o Banco Interamericano de Desenvolvimento firmaram um acordo para executar um Programa de Reforma Setorial e implementar métodos alternativos de resolução de conflitos. Três anos depois, em 1995, o governo fez um Convênio com o Ministério da Saúde para criar Centros

¹³¹ ARGENTINA. Lei nº 24.573 de 4 de outubro de 1995. *Dispõe sobre a substituição com caráter obrigatório da mediação prévia em todos os juízos.* Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹³² BOLÍVIA. Lei nº 708 de 25 de junho de 2015. *Dispõe sobre a conciliação e a arbitragem.* Disponível em: <<http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N708.xhtml>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹³³ “Artículo 22º.- (Medios accesorios) La mediación, la negociación o la amigable composición podrán acompañar a la conciliación, como medios accesorios, independientes o integrados a ésta, conforme lo acuerden las partes.”

¹³⁴ PARAGUAI. Lei nº 1.879 de 24 de abril de 2002. *Dispõe sobre a arbitragem e a mediação.* Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Paraguay-Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

de Mediação¹³⁵. Mas foi apenas em 1996 que a Suprema Corte de Justiça instituiu a Acordada nº 7276 para criação de Centros de Mediação e Capacitação¹³⁶.

“Estos Centros se encuentran enclavados en zonas muy carenciadas de la ciudad de Montevideo y son atendidos por personal del Poder Judicial, en forma gratuita para el usuario, siendo las consultas que predominan aquellas que involucran conflictos familiares.”¹³⁷

A disposição mais atual se encontra no art. 80 da Lei nº 18.308/2008,¹³⁸ estipulando que:

“Artículo 80. (Solución de divergencias) - Las instituciones públicas, ante divergencias sobre criterios de ordenamiento, en zonas concretas o asuntos sectoriales, podrán iniciar procesos de negociación o mediación de conflictos, de forma voluntaria y de común acuerdo. A estos efectos podrán requerir la colaboración de la Dirección Nacional de Ordenamiento Territorial.”

A mediação é facultativa no ordenamento uruguaio, mas a conciliação é obrigatória. Os mediadores podem ser juizes de paz ou ingressarem nos Centros de Mediação por concurso público. Por esta razão os acordos obtidos pela mediação não carecem de homologação judicial e, por ser vista como uma atividade social, não deve ser confundida “(...) com a tentativa preliminar de acordo que deve ser obrigatoriamente proposta pelo juiz ao iniciar uma audiência”¹³⁹.

Não existem leis específicas sobre mediação no ordenamento jurídico da Venezuela. A única previsão para questões familiares se encontra na Ley sobre procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes¹⁴⁰ de 2008, que inclui todas

¹³⁵ Informações disponíveis em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/centros-de-mediacion.html>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹³⁶ URIARTE, Enrique M. *Mediación y Proceso de Familia*. Uruguai: Revista de la Facultad de Derecho, 1997, p. 103.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ URUGUAI. Lei 18.308 de 30 de junho de 2008. *Dispõe sobre o ordenamento territorial e o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7622997.htm>>. Acesso em 23 de maio de 2017.

¹³⁹ SILVEIRA, Patrícia V. F. Da. *Visita ao Centro de Mediação de Pedras Brancas, nos arredores de Montevideo*. Brasília: Fórum de Cortes Supremas do Mercosul, 2011, p. 12-14. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Patricia_20112.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2017

¹⁴⁰ VENEZUELA. *Ley sobre procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes*. 2008. Disponível em: <<http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/29.-Ley-Sobre-Procedimientos-Especiales-en-Materia-de-Proteccion-Familiar-de-Ninos-Ninas-y-Adolescentes.pdf>>. Acesso em 24 de maio de 2017.

as regras sobre o procedimento a ser seguido. A mediação é facultativa e somente é obrigatória em causas trabalhistas. Há disposições especiais para as mediações comerciais em diploma separado, que versa também sobre a arbitragem¹⁴¹. Para a mediação familiar, o art. 7 da lei anteriormente mencionada estipula que “intervienen los jueces y juezas de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”. No art. 36, permite solicitar o “(...) apoyo o asesoramiento del equipo multidisciplinario, en aquellas circunstancias que excepcionalmente así lo requiera”. A equipe multidisciplinar, por sua vez, não pode, em nenhum cenário, substituir a função mediadora do juiz.

2.3.2. Estados associados

A incorporação da mediação como mecanismo alternativo de resolução de conflitos no Chile se deu pela Lei nº 19.968/2005, que criou os Tribunais de Família. O objetivo era modernizar o trabalho dos tribunais e descongestionar o sistema judiciário¹⁴². Inicialmente essa Lei representou um fracasso, pois, nos três primeiros anos de vigência, percebeu-se que a mediação não representava nem 10% dos casos interpostos na justiça familiar. Associou-se esse dado ao caráter voluntário do instituto. Foi promovida, então, uma reforma da lei anterior para aprovar a Lei nº 20.286 em 2008, transformando a mediação familiar prévia em uma etapa obrigatória. A capacitação é dispensada para aqueles que tenham cursado pelo menos oito semestres de um curso superior ou possuam diploma de especialização em mediação; não tenham antecedentes criminais; e disponham de um local adequado para desenvolver a mediação “en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el Juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación”¹⁴³. O registro é obrigatório.

A primeira menção legislativa no ordenamento do Equador é dada pela Lei de Arbitragem e Mediação de 1997¹⁴⁴, porém, em 2016, foi expedido um Regulamento do

¹⁴¹ VENEZUELA. *Reglamento general del centro de arbitraje de la camara de Caracas*. 2004. Disponível em: <<http://arbitrajeccc.org/arbitraje/wp-content/uploads/2014/07/RGCACC-2005.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

¹⁴² CAMUS, 2014, p. 112.

¹⁴³ Informações disponíveis em: <<http://www.mediacionchile.cl/sitioumed/registro-de-mediadores-2/>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹⁴⁴ EQUADOR. *Ley de Arbitraje e Mediación*. 1997. Disponível em: <http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/elarchivo/Ley_arb_med_ecuador.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2017.

Centro de Mediação à Procuradoria Geral do Estado estabelecendo sua organização e funcionamento¹⁴⁵. A mediação é voluntária e pode ser requerida de ofício pelo juiz, mas, depende da aceção pelas partes e abrange todas as questões relacionadas a família. Pelo art. 13 do Registro Oficial nº 673/2016, o mediador deve ser advogado devidamente registrado; completar 80 horas de formação e capacitação; assistir a 5 sessões de casos reais; passar por uma avaliação oral, teórica e prática perante o Diretor Nacional de Mediação; haver atuado como mediador em casos nacionais ou internacionais e apresentar comprovação por meio de Certificado de Centros de Mediação; e obter idoneidade profissional e probidade ética.

No Peru e na Colômbia não existe previsão para a mediação. A legislação peruana fala em conciliação extrajudicial, que é obrigatória para o Direito de Família. A Lei nº 26.872/97¹⁴⁶ introduz esse conceito e o Decreto Legislativo nº 1.070/2008¹⁴⁷ a atualiza. A conciliação é obrigatória quando trata de matéria de família. O mediador deve ser cidadão em exercício; ser aprovado em curso de formação e capacitação promovido por entidade autorizada pelo Ministério da Justiça; não ter antecedentes criminais; cumprir com demais quesitos que sejam exigidos por regulamento; e registrar-se nos Centros de Conciliação.

O Capítulo Quarto da Lei nº 23 de 1991¹⁴⁸ é a primeira disposição sobre conciliação familiar no ordenamento jurídico da Colômbia. O objetivo do referido diploma normativo era a criação de mecanismos para aliviar os despachos judiciais. Em seguida, em 1998, foi instituído o Decreto nº 1818¹⁴⁹ para expedir o Estatuto dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos. A Lei mais recente é a de nº 640, promulgada em 2001, que alterou as

¹⁴⁵

Disponível

em:

<http://www.pge.gob.ec/images/direcciones/mediacion/REGLAMENTO_DEL_CENTRO_DE_MEDIACION_DE_LA_PGE_2016.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹⁴⁶ PERU. Lei nº 26.872 de 12 de novembro de 1997. *Dispõe sobre a Conciliação e o Regulamento da Lei de Conciliação*. Disponível

em:

<http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/4098/per_ley26872.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹⁴⁷ PERU. Decreto Legislativo nº 1.070 de 2008. *Modifica a Lei nº 26.872 sobre Conciliação*. Disponível em:

<<http://portales.susalud.gob.pe/documents/11450/135518/1070/a63479e3-5e40-4653-af44-4b8649d4f6a3>>.

Acesso em 26 de maio de 2017.

¹⁴⁸ COLÔMBIA. Lei nº 23 de 21 de março de 1991. *Refere-se ao meio pelo qual se criam mecanismos para descongestionar os Despachos Judiciais*. Disponível

em:

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6546>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹⁴⁹ COLÔMBIA. Decreto nº 1.818 de 7 de setembro de 1998. *Dispõe sobre a expedição do Estatuto dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos*. Disponível

em:

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6668>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

normas relativas à conciliação¹⁵⁰. Por ocasião desta, o conciliador deve ser advogado qualificado, em exercício, aprovado em exame oferecido pelo Ministério da Justiça e registrado em Centro de Conciliação. Existe uma exceção relacionada aos conciliadores de escritórios jurídicos das faculdades de direito e aos funcionários municipais e notários que não tenham título de advogados. O Ministério da Justiça deve capacitar os funcionários públicos autorizados para conciliar. Pelo art. 101 do Código de Processo Civil colombiano¹⁵¹, a conciliação é obrigatória e, pelo art. 40 da Lei nº 640, também é obrigatória para matéria de família, incluindo provisões sobre alimentos, guarda, patrimônio, sucessões, e separação.

Nem a Guiana nem o Suriname possuem previsões legais sobre as vias extrajudiciais em seus ordenamentos internos. O governo da Guiana, entretanto, demonstrou interesse em conhecer, aprender e adotar métodos alternativos de resolução de conflitos com o objetivo de melhorar o próprio sistema judiciário em uma visita diplomática à Colômbia em janeiro de 2017¹⁵².

2.3.3. Pontos de convergência e divergência entre as legislações

Conclui-se diante dos fatos apresentados haver constância no que se refere ao histórico e ao objetivo da mediação. Em praticamente todos os ordenamentos mencionados, a aprovação prévia de leis sobre divórcio, leis sobre guarda compartilhada e demais dispositivos que versam sobre isonomia são inovações necessárias para permitir o surgimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos. O contexto de sobrecarregamento do sistema judiciário e a demanda social por uma solução mais eficaz também foram essenciais para essa transformação. O tratamento da mediação e da conciliação como instrumentos de paz social configuram uma similaridade entre as experiências supracitadas, trazendo a noção de que os métodos extrajudiciais complementam as vias jurisdicionais para garantir o acesso à justiça.

¹⁵⁰ COLÔMBIA. Lei nº 640 de 5 de janeiro de 2001. *Modifica as normas relativas à conciliação e dita demais disposições*. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6059>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹⁵¹ COLÔMBIA. Decreto 1.400 de 6 de agosto de 1970. *Dispõe sobre o Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6923>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

¹⁵² Disponível em: <<http://www.cancilleria.gov.co/en/newsroom/news/2017-01-19/15682>>. Acesso em 23 de maio de 2017.

Os ordenamentos, contudo, desacordam no ponto da obrigatoriedade dos meios alternativos como etapas dos processos judiciais, dos requisitos para a capacitação e registro do mediador e da heterogeneidade das leis, que provoca impedimentos de ordem pública com relação às matérias alcançadas pela mediação.

Capítulo 3: O Projeto Legislativo da Conferência da Haia sobre Acordos Privados e as possíveis dificuldades de sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro

O capítulo final deste trabalho será subdividido em cinco partes. A primeira relatará a formação do Grupo de Especialistas pelo Conselho de Assuntos Gerais da Conferência da Haia para discutir a possibilidade de criar um novo instrumento normativo capaz de regulamentar os acordos obtidos extrajudicialmente em matéria de família que envolvam crianças. Posteriormente serão apresentados os resultados obtidos após as reuniões desse Grupo e a solução que consideraram ser a mais compreensiva possível diante das deliberações. No terceiro ponto serão suscitados os desafios da mediação internacional quanto às especificidades do procedimento, ao papel do mediador e aos pormenores do acordo. Em seguida serão enumerados os demais dispositivos contidos no ordenamento jurídico brasileiro complementares à Lei nº 13.140/15, buscando contextualizar o advento da Lei de Mediação. Finalmente, serão levantados dois possíveis impedimentos que a referida Lei trará no momento de aderir às futuras Convenções em processo de elaboração pela Conferência da Haia.

3.1. As Convenções da Haia sobre família que envolvem crianças e versam sobre a mediação

A Conferência da Haia montou, em 2012, um Grupo de Especialistas para estudar o reconhecimento e aplicação de acordos transfronteiriços em casos de disputas envolvendo crianças, inclusive aqueles obtidos por meio da mediação¹⁵³.

"The judicial systems directly involved or by means of their citizens in the conflict subject to mediation must provide mediation as a means of resolution for internal and international conflicts. This may be accomplished either by the adoption of specific, own laws, or by the ratification, adoption, acceptance or accession to some multilateral treaties"¹⁵⁴

¹⁵³ DOCUMENTO preliminar nº 5, 2014, p. 3.

¹⁵⁴ CIUCA, Anca E. et al. *Best practice guide on the use of mediation in cross-border cases*. Budapeste: European Union Specific Programme, 2013, p. 62.

Os expertos chegaram a duas descobertas iniciais¹⁵⁵. Primeiramente notou-se o aumento da procura por acordos em conflitos familiares internacionais, identificando também a necessidade de garantir a portabilidade¹⁵⁶ dos mesmos. Em seguida percebeu-se que, além de normas sobre a opção de resolver controvérsias de forma alternativa, as últimas Convenções da Haia sobre família assumiram papel importante no sentido de viabilizar a homologação de decisões administrativas e judiciais, especialmente aquelas que envolvem crianças. A mediação no divórcio é um processo cooperativo, do qual derivam partilha dos bens, obrigações e sustento para um dos parceiros. Se o casal tiver filhos, mais obrigações se darão a partir da separação, gerando efeitos sobre guarda, cuidado, e demais responsabilidades parentais. Faz-se necessário introduzir os conceitos de autoridade central e residência habitual antes de se proceder ao estudo das referidas Convenções.

Autoridades Centrais são os órgãos dos governos responsáveis “(...) pela boa condução da cooperação jurídica internacional”¹⁵⁷. Existem para centralizar as vias pelas quais se exige articulação multinacional, garantindo celeridade no trâmite dos pedidos e efetividade da comunicação. Sem a criação de autoridades centrais, a competência seria difusa e questionável, impossibilitando todos os procedimentos que carecem de esforços internos para serem resolvidos.

A residência habitual é o local onde as pessoas se estabelecem de forma definitiva. Segundo Jacob Dollinger¹⁵⁸, é uma concepção mais simples do que domicílio em relação à sua qualificação e identificação, todavia, também é mais facilmente alterada, tornando-a menos inteligível. Para Liu Yideng¹⁵⁹ o foco deve estar em “habitual” e não em “residência”, uma vez que se condiciona às circunstâncias concretas. É um conceito mais útil para o Direito Internacional Privado por se tratar de matéria que lida constantemente com indivíduos que possuem diversos domicílios e nacionalidades.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela T. *The crossborder recognition and enforcement of private agreements in family disputes on debate at the Hague Conference on Private International Law*. Porto Alegre/Asunción: Gráfica e Editora RJR, 2014, p. 3.

¹⁵⁷ Informação disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/autoridade-central-1>>. Acesso em 6 de junho de 2017.

¹⁵⁸ DOLLINGER, Jacob. *A Criança no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 131.

¹⁵⁹ YIDENG, Liu. O conceito de residência habitual no Direito Internacional Privado. [S.I.]: Perspectivas do Direito, 2002, p. 185.

3.1.1. A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças

A Convenção da Haia de 1980 foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 3.413/2000¹⁶⁰. Diz respeito à subtração não consentida de menores por um dos pais a outro país. Estabelece direito e deveres entre os países signatários para assegurar o retorno da criança ao país onde possui residência habitual¹⁶¹. O preâmbulo descreve seu objetivo:

“Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access.”

No art. 7º são listados os papéis das autoridades centrais na cooperação para assegurar o regresso imediato da criança. Dentre eles, está o dever de “[c)] assegurar a reposição voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável”, diretamente ou por auxílio de um intermediário. O disposto, portanto, dá abertura para a realização da mediação.

Em 2012 a Conferência da Haia lançou um Guia de Boas Práticas para Mediação nos casos de subtração internacional¹⁶², dispondo sobre princípios, modelos, métodos, participação da criança e terceiros, questões de competência e lei aplicável. Um dos pontos desenvolvidos foi o recurso à mediação como estratégia preventiva. A subtração é a forma mais crítica de alienação parental e provoca piora instantânea do conflito já vivenciado pelos progenitores¹⁶³. A mediação prévia à subtração surge como oportunidade de evitá-la, por ajudar a promover a comunicação entre os mediados e fazer com que entendam que devem priorizar as necessidades da criança.

¹⁶⁰ BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. *Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em 9 de junho de 2017.

¹⁶¹ PITMAN, Elizabeth. *Children in The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction*. [S.I.]: Cardozo Journal of International and Comparative Law, 2009, p. 521.

¹⁶² CONFERÊNCIA DA HAI. *Guia de Boas Práticas nos termos da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos cíveis do rapto internacional de crianças – Mediação*. 2012. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/mediation_pt.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2017.

¹⁶³ CIUCA et al, 2013, p. 41

Em contrapartida, a mediação após a subtração encontra maiores obstáculos. Definem o arts. 12, 16, 17 e 19 da Convenção que cabe à jurisdição do país para onde a criança foi levada determinar o seu regresso ao país de residência habitual, que abriga, por sua vez, a competência para definir a custódia e o regime de visitação. A mediação durante o processo para reverter a subtração poderia facilitar tanto as condições para a volta da criança quanto pacificar demais questões, no entanto, encontra impedimentos devido a esse conflito de jurisdição.

O procedimento para a subtração de menores trazidos para o Brasil se inicia com o preenchimento de um formulário no outro país, que será enviado da Autoridade Central estrangeira para a brasileira. A ACAF (Autoridade Central Administrativa Federal), órgão interno do Ministério dos Direitos Humanos, analisará o pedido e tentará solucionar a questão de maneira amigável. Havendo resistência ou não sendo possível encontrar a parte, encaminhará o caso à Advocacia Geral da União (AGU) para ingressar com Ação de Restituição, Busca e Apreensão na Justiça Federal¹⁶⁴.

O art. 12º da Convenção ordena:

“Artigo 12.º

Quando uma criança tenha sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3.º e tiver decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da deslocação ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o regresso imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após a expiração do período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deve ordenar também o regresso da criança, salvo se for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para um outro Estado, pode então suspender o processo ou rejeitar o pedido para o regresso da criança.”

O instrumento fixa prazo de um ano desde a data da remoção ilícita e a data do início do processo perante a Justiça para ordenar o regresso imediato, porém, ultrapassado esse limite, será averiguada a adaptação da criança para decidir sobre a volta ou não ao país de onde foi retirada. Essa disposição tem relação com a facilidade de alteração da residência

¹⁶⁴Informações disponíveis em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113473>. Acesso em 6 de junho de 2017.

habitual, uma vez que a criança já poderá está matriculada em uma nova escola, ter feito amigos e criado novos laços sociais, considerando que geralmente as partes que subtraem viajam para o país de sua nacionalidade ou para onde viva sua família. Ocorre que o procedimento contém muitas etapas e o trâmite interno, junto à morosidade do Poder Judiciário, resta extremamente lento, não conferindo a urgência requerida pela Convenção.

Há jurisprudência nesse sentido conforme a Apelação Cível nº 00060309620134036104/SP do Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹⁶⁵. Trata-se de ação proposta pela União em face de Juliana Fernandes (brasileira), que trouxe o filho Matteo, fruto da relação com Pierluigi Turchetti (italiano), para passar férias no Brasil e não retornou à Itália. Pierluigi entrou com um pedido de cooperação jurídica internacional requerendo a repatriação da criança. A sentença proferida em primeira instância julgou o pedido improcedente sob o entendimento de que a residência habitual de Matteo estava fixada no Brasil. A União apelou, sustentando que o período de seis meses de permanência no Brasil não seria suficiente para alterar a residência habitual. No teor do acórdão, o Relator Desembargador Federal Hélio Nogueira determinou:

“EMENTA: DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECRETO N. 3.413, DE 14.4.2000. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. COOPERAÇÃO JURÍDICA ENTRE ESTADOS SOBERANOS. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO PROPOSTA PELA UNIÃO FEDERAL. COMPROVAÇÃO. EXCEÇÃO. INTEGRAÇÃO DA CRIANÇA EM SEU NOVO MEIO (ART. 12). RISCO DE GRAVE PERIGO DE ORDEM FÍSICA OU PSÍQUICA (ARTIGO 13). APELAÇÕES DESPROVIDAS.

(...) ressalta-se que a questão controversa envolve não apenas a fixação de nova residência, isoladamente, mas também matéria ligada a estado da pessoa e direitos de família, temas que sequer admitem o emprego de condição.

(...) Assim, indicando os elementos probatórios a perda da residência habitual da família na Itália e a constituição de nova residência no Brasil, com grau suficiente de continuidade e por período razoável, não resta configurada a retenção ilícita da criança (art. 3, da Convenção da Haia de 1980), de forma a fundamentar seu retorno imediato.

(...) o laudo apontou que, conforme as declarações colhidas, a criança encontra-se integrada em seu novo meio, mostrando-se adaptada à família, à escola e à vida no

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). *Apelação Cível nº 0006030-96.2013.4.03.6104-SP*. Apelante: Pierluigi Turchetti. Apelada: Juliana Fernandes Alvares Turchetti. Relator: Desembargador Federal Hélio Nogueira. São Paulo, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317251868/apelacao-civel-ac-60309620134036104-sp-0006030-9620134036104/inteiro-teor-317252135>>. Acesso em 9 de junho de 2017.

Brasil. Ademais, consignou que "o menor vive em ambiente familiar aparentemente saudável, frequenta escola regularmente, frequenta aulas de esporte e possui amigos".

(...)Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao reexame necessário, havido por interposto, e aos recursos de apelação, mantendo a sentença de primeiro grau integralmente."

Denota-se do exposto que a Convenção da Haia de 1980 se revela improfícua, visto que, mesmo dentro do prazo previsto pelo art. 12º, o retorno da criança não foi determinado ao país de origem. Há, portanto, insegurança jurídica sobre esse instrumento, pois a progenitora que subtraiu logrou em forçar sua vontade individual de manter a criança sob sua custódia. Por esta razão, é necessário que as futuras Convenções venham oferecer outras alternativas aos pais deixados para trás e, assim, as partes possam dialogar e chegar a decisões satisfatórias para ambos.

3.1.2. Convenção da Haia de 1996 relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças

A Convenção da Haia de 1996¹⁶⁶ foi editada visando reforçar a proteção das crianças em situações conflituosas de dimensão internacional e estabelecer o Princípio do Maior Interesse do Menor como consideração primordial. Determina a unificação de regras que concernem à jurisdição (capítulo 2), lei aplicável (capítulo 3), reconhecimento e aplicação (capítulo 4) e à cooperação pelas autoridades centrais (capítulo 5). Nieve Rubaja aponta que o tratado regula:

“(…) la atribución, ejercicio, privación total o parcial de la responsabilidad parental así como su delegación; derechos de custodia, incluidos los derechos concernientes al cuidado de la persona del niño y, en particular, el derecho a determinar el lugar de residencia del niño, así como también los derechos de visita / contacto, incluido el derecho de trasladar a un niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; las designaciones y funciones de toda persona u organismo encargado de

¹⁶⁶ CONVENÇÃO da Haia de 19 de outubro de 1996. *Relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças*. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70>>. Acesso em 30 de maio de 2017.

ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo; la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante la kafala o mediante una institución análoga; la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo; la administración, conservación o disposición de los bienes del niño”¹⁶⁷

Escusa-se, entretanto, das hipóteses de adoção, emancipação, alimentos, sucessão, asilo, imigração, medidas públicas sobre educação ou saúde e sentenças penais cometidas por menores. Traz previsões explícitas sobre mediação em seu art. 31, no capítulo sobre cooperação:

“Artigo 31

A Autoridade Central de um Estado-Contratante, diretamente ou através das autoridades públicas ou por outros meios, trilhará todos os passos apropriados para – (...) b) facilitar, pela mediação, a conciliação ou meios similares, soluções acordadas à proteção da pessoa ou patrimônio da criança nas situações que se aplica a Convenção”

O art. 5 define que as “(...) autoridades judiciais ou administrativas do Estado-Contratante da residência habitual da criança têm a jurisdição para tomar as medidas dirigidas à proteção da pessoa ou do patrimônio da criança”. Assim, é possível supor que o juízo competente para homologar os acordos obtidos segundo o art. 31 seja também correspondente ao país de residência habitual da criança, excetuando os casos previstos nos arts. 8 e 9.

3.1.3. Convenção da Haia de 2007 sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família

Por fim tem-se a Convenção da Haia de 2007¹⁶⁸ para assegurar o cumprimento, reconhecimento e execução de decisões alcançadas em matéria de alimentos¹⁶⁹. O principal pilar do documento é a cooperação internacional. Similarmente às outras Convenções, dispõe:

¹⁶⁷ RUBAJA, Nieve. *El reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos como vía para asegurar los derechos de los niños en situaciones familiares internacionales*. Buenos Aires: Revista de Derecho de Familia, 2016, p. 6.

¹⁶⁸ CONVENÇÃO da Haia de 19 de outubro de 2007. *Dispõe sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família*. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70>>. Acesso em 15 de maio de 2017.

¹⁶⁹ RUBAJA, op cit, p. 10.

“Artigo 6.º

Atribuições específicas das autoridades centrais

1. As autoridades centrais prestam assistência no que respeita aos pedidos previstos no capítulo III. Cabe-lhes, nomeadamente:

(...) d) Incentivar soluções amigáveis tendo em vista a obtenção do pagamento voluntário de alimentos, se oportuno através da mediação, da conciliação ou de processos análogos”

Como medida de execução, estabelece, também, no art. 34:

“Artigo 34.º

Medidas de execução

1. Os Estados Contratantes devem prever medidas eficazes de direito interno para dar execução às decisões ao abrigo da presente Convenção.

2. Essas medidas podem incluir:

(...) i) Recurso à mediação, conciliação ou outros procedimentos análogos para favorecer a execução voluntária.”

Apresentam-se inovações na abrangência do significado de decisões¹⁷⁰ no art. 19, entendendo, por estas, aquelas proferidas por autoridade judiciária e “(...) acordos concluídos perante essa autoridade ou por ela homologados”. Reserva-se uma seção inteira para os acordos no art. 30, contendo oito principais provisões: determina que possam ser reconhecidos e executados desde que assim o sejam considerados no país de origem; estipula que os pedidos para viabilizar os acordos devam acompanhar o texto integral e um documento que ateste a capacidade de implementá-lo; adverte sobre a impossibilidade de admiti-los na hipótese de perturbação da ordem pública, fraude, falsificação ou quando houver outra decisão já proferida administrativa ou judicialmente; e, finalmente, resguarda o direito aos Estados de requerer que o procedimento seja feito obrigatoriamente pelas Autoridades Centrais, bem como a prerrogativa de não autorizar o reconhecimento e execução dos acordos privados.

O Brasil aprovou, no final de 2016, o texto da Convenção e do Protocolo adicional por meio do Decreto Legislativo nº 146,¹⁷¹ com reservas à alínea e) do § 1º do art. 20¹⁷² e ao § 8º

¹⁷⁰ LOPES, Inez. *Os meios alternativos de disputas na cobrança internacional de alimentos*. [S.I.: s.n.], p. 8.

¹⁷¹ BRASIL. Decreto Legislativo nº 146 de 9 de dezembro de 2016. *Aprova, nas condições que especifica, o texto da Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, bem como o do Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, concluídos na Haia, em 23 de novembro de 2007*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=251042&override=1>>. Acesso em 9 de junho de 2017.

do art. 30¹⁷³. Ambas se referem à impossibilidade de mediar sobre alimentos por se tratarem de direitos indisponíveis e fundamentais.

3.2. Os resultados obtidos pelo Grupo de Especialistas

Após as considerações iniciais, a discussão se direcionou à possibilidade de criar um documento que compelsse os Estados-parte a seguirem procedimentos específicos para tornar os acordos privados juridicamente vinculativos. Porém, após a partilha de experiências, foi verificado que existem demasiadas diferenças entre as condições para homologação de decisões estrangeiras e, por conseguinte, seria impossível criar uma norma obrigatória, abrangente e compatível com as legislações internas¹⁷⁴. Analisaram-se os seguintes aspectos:

“1) será de fundamental importancia el ámbito de aplicación que contemple, es decir se deberían delimitar las materias que podrían incluirse en los acuerdos de parte; 2) además, debería establecerse o limitarse el margen de disponibilidad de la autonomía de la voluntad de los padres en dicha materias, es decir el alcance de aquélla (por ejemplo, en el acuerdo se podría contemplar el ejercicio de la responsabilidad parental pero no su renuncia); 3) el control que se efectúe en el Estado de ejecución de lo acordado en el Estado de celebración también deberá estar condicionado en función de estos parámetros”¹⁷⁵

Em vista disso, o objeto das Convenções migrou para o consentimento sobre o âmbito de aplicação, a margem de atuação segundo a autonomia da vontade das partes e a capacidade de vincular os Estados ao reconhecimento dos acordos.

Tal conclusão, não obstante, mereceria análise mais acurada, pois as famílias recorrem às resoluções alternativas de controvérsias para se distanciarem dos tribunais. Se por um lado obteria-se êxito na realização dos acordos sem a intervenção do judiciário, o mesmo

¹⁷² “Art. 20, 1. A decisão proferida num Estado Contratante («Estado de origem») é reconhecida e executada noutro Estado Contratante se: a) No momento da introdução da instância o requerido tiver a sua residência habitual no Estado de origem.”

¹⁷³ “Art. 30, 8. Um Estado Contratante pode, em conformidade com o artigo 62.º, reservar-se o direito de não reconhecer nem executar um acordo sobre alimentos.”

¹⁷⁴ DOCUMENTO preliminar nº 5, 2014, p. 5.

¹⁷⁵ RUBAJA, 2016, p. 15.

afastamento não seria possível no processo de homologação e verificação dos aspectos materiais do trato na justiça. A interferência ocorreria mesmo assim¹⁷⁶.

O Grupo notou que existem duas formas de validar os acordos obtidos pelas vias alternativas:

“(i) incorporar seu acordo amigável em uma ordem judicial no Estado onde concluído e buscar seu reconhecimento e execução em outro Estado ou

(ii) levar seu acordo amigável diretamente às autoridades judiciárias competentes no Estado estrangeiro, solicitando sua homologação.”¹⁷⁷

A fixação da jurisdição competente coloca mais uma barreira em quaisquer das hipóteses descritas acima¹⁷⁸. Além disso, o fato de as Convenções passadas estipularem competências diferentes para cada caso intensifica esse problema.

Frente a esses impedimentos, atenção especial foi dada à possibilidade de unificar todos os conflitos em somente um procedimento de mediação por meio de “package agreements”. O primeiro relatório do Grupo de Especialistas aclarou que se tratam de acordos nos quais se negociam: “(...) a ‘package’ of rights, conditions and terms such as return in an abduction case custody, contact/access, maintenance, travel, education, property, even succession”¹⁷⁹. Nesse sentido, Nieve Rubaja explicita:

“(...) las exigencias de los distintos ordenamientos jurídicos a los fines de conseguir la ejecutoriedad de dichos acuerdos puede diferir tanto en sus previsiones a nivel interno (participación del niño, intervención del Ministerio Público, necesidad de homologación judicial entre otros) como a la hora del reconocimiento y ejecución de acuerdos celebrados en otros países. (...) un nuevo instrumento puede servir para subsanar el vacío existente em los ordenamientos jurídicos que aún no han incorporado alguna/s de esta/s fuentes”¹⁸⁰

Nádia de Araújo ressalta o fato de que as “famílias querem resolver em conjunto todos os seus problemas jurídicos, por meio de um único documento”¹⁸¹. Contudo, expõe:

¹⁷⁶ DOCUMENTO preliminar nº 5, 2014, p. 5-6.

¹⁷⁷ ARAÚJO; VARGAS, 2014, p. 11.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ DOCUMENTO preliminar nº 5, op cit, p. 6

¹⁸⁰ RUBAJA, 2016, p. 13.

¹⁸¹ ARAÚJO; VARGAS, op cit, p. 12

“(...) fato é que os “pacotes de acordo” com frequência abarcam questões fora da jurisdição de cada uma das convenções, sendo impossível, na prática, garantir-se mais do que um reconhecimento parcial. (...) A falta de uma regulação que leve em consideração o seu desejo de forma conjunta contribui para fomentar a incerteza e a falta de previsibilidade quanto a validade do documento, o que prejudica a utilização dos métodos amigáveis de solução de controvérsias, muito embora a Conferência da Haia reconheça serem de extrema valia, pois evitam traumas maiores para as famílias envolvidas nessas questões”¹⁸².

Assim, foi concluído que seria necessário criar dois documentos com duas funções diferentes: um tratado vinculante e outro não vinculante. Faz-se necessário explorar seus conteúdos e o porquê de distingui-los em Convenções separadas.

Instrumentos de *soft law* têm maior poder de aderência devido à natureza recomendatória. Admite-se a flexibilidade sobre a aplicação dos artigos cujo teor se opõe às legislações internas e que, uma vez descumpridos, não geram sanções. Possuem o encargo de unificar princípios e a interpretação normativa¹⁸³. A prerrogativa para cumprir ou não determinada regra atrai mais signatários, pois evita a transgressão do princípio da ordem pública. Por outro lado, é inegável que se torna potencialmente inútil, justamente por não obrigar os signatários a seguir suas determinações.

Já os instrumentos de *hard law* têm a capacidade de unificar a matéria e oferecer soluções mais eficientes aos conflitos que regem. Documentos desse tipo enfatizam a cooperação internacional mediante esforços conjuntos entre as Autoridades Centrais¹⁸⁴. Possuem aderência significativamente reduzida em comparação aos instrumentos de *soft law*, pois requerem certo nível de similaridade entre os ordenamentos para serem aplicados. A divergência é acentuada principalmente em matéria familiar por lidar com múltiplos valores sociais e, em razão disso, tratados de caráter vinculante tendem a ser incorporados regionalmente.

De acordo com as razões expostas, o Grupo de Especialistas determinou¹⁸⁵: a elaboração de uma Convenção não-vinculante que funcionaria como uma “ferramenta de navegação” para “auxiliar os pais e outras partes interessadas na obtenção de reconhecimento transfronteiriço e execução dos acordos”¹⁸⁶; e o desenvolvimento de um mecanismo “one-stop

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ RUBAJA, 2016, p. 16

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ DOCUMENTO preliminar nº 5, 2014, p. 15.

¹⁸⁶ ARAÚJO; VARGAS, 2014, p. 12

shop” pela promoção de uma Convenção vinculante, que acomodaria a celebração dos “package agreements”¹⁸⁷. A primeira regularia o procedimento para reconhecer e executar os acordos proferidos segundo as Convenções da Haia de 1980, 1996 e 2007. A segunda seria complementar aos referidos tratados e se estenderia também a “(...) cuestiones de custodia, responsabilidad parental, y otros asuntos financieros (incluidas cuestiones patrimoniales) que provea mayor margen a la autonomía de la voluntad brindándole a los padres la posibilidad de elegir la autoridad competente adecuada”¹⁸⁸.

Em 2015 a Conferência da Haia lançou um questionário¹⁸⁹ aos países-membros sobre o reconhecimento transfronteiriço e aplicação de acordos sobre família que envolvem crianças. O objetivo era reunir informações sobre a homologação de acordos e sentenças estrangeiras e o papel das Convenções da Haia nos ordenamentos internos. O questionário se dividiu em três partes: a primeira tinha fins meramente cognitivos, para identificar o responsável pelas respostas. Na parte seguinte se questionou a conduta dos países segundo a legislação interna diante de casos hipotéticos sobre conflitos familiares internacionais. A parte final do questionário continha perguntas sobre as provisões legais dos países a respeito da homologação de documentos estrangeiros, a intenção de aderir às Convenções da Haia (para aqueles que ainda não fossem signatários) e a opinião concernente aos projetos de Convenção (se preencheriam lacunas e facilitariam o reconhecimento e aplicação de acordos privados).

O último relatório sobre o tema foi publicado em janeiro de 2016¹⁹⁰. Este reforçou as informações trazidas pela primeira nota emitida, trazendo atenção para o papel das Autoridades Centrais e o critério da residência habitual. A próxima reunião do Grupo de especialistas foi marcada para junho de 2017.

¹⁸⁷ DOCUMENTO preliminar nº 5, 2014, p.15.

¹⁸⁸ RUBAJA, 2016, p.14

¹⁸⁹ QUESTIONÁRIO da Convenção da Haia. *Cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children*. 2015. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/e10412aa-e638-444c-a697-7883f78bb2c0.pdf>>. Acesso em 9 de junho de 2017.

¹⁹⁰ DOCUMENTO preliminar nº 5. *Report of the Expert's Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children*. 2015. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/e4ee1bfd-27ab-4e0a-9ab2-9b784db5534a.pdf>>. Acesso em 9 de junho de 2017.

3.3. Os desafios da mediação internacional

A mediação internacional encontra maiores obstáculos em relação à mediação convencional, além de todos aqueles já trazidos por esta. O presente tópico analisará esses desafios, explorando os requisitos necessários para criar normas sobre a relação entre as legislações, as atribuições sobressalentes do mediador internacional e as particularidades dos acordos. Tais óbices deverão ser observados na elaboração de futuras Convenções da Haia sobre Acordos Privados envolvendo crianças.

3.3.1. Da relação entre as legislações

As regras sobre a relação entre as legislações são aquelas que esclarecem as questões formais e procedimentais. Na hipótese de mais de uma solução para determinado conflito, tais normas elucidam qual é a opção correta a se seguir. Os princípios entram como guidelines para preencher lacunas que eventualmente apareçam e para padronizar o entendimento sobre diversos assuntos suscitados tanto em matéria familiar quanto no procedimento da mediação.

3.3.1.1. Jurisdição

O primeiro problema que a mediação internacional deve solucionar é a competência jurisdicional¹⁹¹. Refere-se ao juízo apto a analisar ou decidir controvérsias e homologar acordos ou decisões estrangeiras. Tratando de mediação judicial, a jurisdição competente será aquela onde se ingressará com o processo, que supervisionará as sessões e que definirá em seu ordenamento interno como se dará o procedimento e os critérios para escolha do mediador. Quando a mediação for extrajudicial, a jurisdição competente é mais difícil de se localizar. Deverá ser averiguado tanto o juízo para homologar o acordo quanto o juízo responsável por redefinir os termos deste. A maior preocupação relacionada à jurisdição é que o acordo seja executável¹⁹², uma vez que sua aplicabilidade em um país não vincula o reconhecimento do mesmo em outro.

¹⁹¹ RUBAJA, 2016, p. 14

¹⁹² Ibidem, p. 15

3.3.1.2. Lei aplicável

A lei aplicável impõe grande obstáculo à mediação internacional. Deve-se entendê-la como o framework legal disponível para assegurar a aplicação dos acordos. Na mediação convencional, o quadro normativo são as leis e regimentos internos. O próprio ordenamento estabelece o procedimento para a mediação e a matéria que pode abordar. Na mediação internacional o framework é obtido pela intersecção das normas compatíveis entre as legislações envolvidas.

Nesse aspecto, especificamente, os advogados exercem papel indispensável¹⁹³. É possível alegar que a presença de representantes legais fere o princípio da informalidade intrínseco à mediação. Ocorre que os advogados auxiliam as partes e os mediadores oferecendo sua expertise no assunto. Os mediadores nem sempre são obrigados a possuir formação jurídica e, por esta razão, necessitam dos advogados para definir o framework normativo. Além disso, cabe aos advogados revisar o acordo pronto antes de enviá-lo à corte para homologação.

O pagamento de honorários a advogados especializados, no entanto, torna a mediação internacional muito cara, o que impede o acesso à justiça para diversas famílias que não podem arcar com o alto custo desse procedimento¹⁹⁴. Por esta razão, talvez seja viável estipular a possibilidade de acionar os serviços da defensoria pública para garantir a democratização deste método, bem como os requisitos a serem preenchidos e a viabilidade de incluí-los sem prejudicar a celeridade do processo.

3.3.1.3. Princípios

O reiteradamente mencionado Princípio do Interesse Maior da Criança é inafastável do procedimento de mediação familiar internacional. É ele que orientará as partes em direção às necessidades dos filhos no momento em que se desvirtuarem do propósito de solucionar o conflito, seja pela emoção ou até mesmo pelo desconhecimento das leis. Por exemplo, um dos progenitores não pode oferecer brinquedos no lugar da prestação pecuniária como pagamento

¹⁹³ PAUL, Christoph C.; WALKER, Jamie. *Family Mediation in International Child Custody Conflicts: The Role of Consulting Attorneys*. [S.I.]: American Journal of Family Law, 2008, p. 45.

¹⁹⁴ ARAÚJO; VARGAS, 2014, p. 11.

da pensão alimentícia, pois a mesma se restringe ao cumprimento das responsabilidades parentais relativas ao sustento da criança.

O princípio da ordem pública já suscitado, mas ainda não explorado, é imprescindível para qualquer Convenção internacional cuja incorporação dependa da compatibilidade com os ordenamentos nacionais. Jacob Dollinger¹⁹⁵ define-o como:

“Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica imane no sistema jurídico estatal, que ele representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído.”

Está previsto no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁹⁶: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Trata-se, basicamente, da impossibilidade de ratificar um instrumento internacional normativo, homologar sentença estrangeira ou incorporar qualquer outro tipo de documento que contenha disposição explicitamente contrária a qualquer previsão legal, valores ou costumes intrínsecos ao ordenamento jurídico brasileiro. É possível citar como exemplos o reconhecimento de casamentos poligâmicos e os testamentos que disponham sobre mais da metade dos bens no inventário, ambos expressamente proibidos pelos arts. 1.521¹⁹⁷ e 1.846¹⁹⁸, respectivamente, do Código Civil¹⁹⁹ brasileiro.

A observação desse princípio é importante para assegurar a maior aderência possível às futuras Convenções da Haia. Os acordos obtidos pela mediação internacional necessitam se conformar ao framework disponível para evitar hipóteses de ofensa à ordem pública que impossibilitem seu reconhecimento, aplicação e execução.

¹⁹⁵ DOLLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 412.

¹⁹⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 7 de junho de 2017.

¹⁹⁷ “Art. 1.521. Não podem casar: (...)VI - as pessoas casadas.”

¹⁹⁸ “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”

¹⁹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 9 de junho de 2017.

O princípio da autonomia da vontade também deve ser levantado na elaboração das Convenções, de modo a confirmar o objetivo da mediação em solucionar conflitos de natureza familiar da melhor forma possível para a realidade dos envolvidos. Nádía de Araújo elabora:

“Por trás da expansão da autonomia da vontade na seara familiar está o entendimento, cada vez mais consolidado, de que a Justiça, apesar de cumprir seu papel, não é a instância em condições de decidir o que é melhor para a família. A judicialização das querelas familiares, com a pressão psicológica e lentidão que lhes são peculiares, não atende ao princípio do melhor interesse da criança. Há, portanto, que se incentivar que a família chegue por caminhos próprios a uma solução para suas disputas.”²⁰⁰

De acordo com esse princípio, a mediação só pode ser iniciada após explícita anuência das partes²⁰¹, bem como pode ser interrompida a qualquer momento se assim for consentido. É importante ressaltar que o princípio da autonomia da vontade incide sobre a não obrigatoriedade de realizar acordo, de modo que possa coexistir com a mediação e a conciliação como etapas necessárias dos processos judiciais.

Por fim, é imperativo mencionar o princípio da cooperação jurídica, pelo fato de embasar-se na união de esforços entre países para amparar conflitos entre seus cidadãos. Nieve Rubaja indica:

“Un instrumento de este tipo deberá poner énfasis en la cooperación internacional, probablemente mediante la intervención de Autoridades Centrales que permitan concretar este principio, previendo un mecanismo acotado, simplificado y ágil para el reconocimiento y ejecución de los acuerdos.”²⁰²

Tal princípio se associa ao princípio da reciprocidade, comumente utilizado em casos de extradição e asilo diplomático²⁰³. Trata-se da permissão para aplicar “(...) efeitos jurídicos em determinadas relações de Direito, quando esses mesmos efeitos são aceitos igualmente por países estrangeiros”²⁰⁴. Ambos se fundamentam em atos mútuos que visam alcançar objetivos comuns. A cooperação jurídica internacional sempre aparece nas Convenções da Haia, pois garante a efetividade das mesmas ao viabilizar a comunicação entre partes e Estados.

²⁰⁰ ARAÚJO; VARGAS, 2014, p. 4

²⁰¹ BONN, 2012, p. 238.

²⁰² RUBAJA, 2016, p. 16

²⁰³ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 118-131.

²⁰⁴ Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-mla-gen-reciprocity.html>. Acesso em 7 de junho de 2017.

3.3.1.4. Intervenção estatal

A intervenção do Estado na mediação internacional se restringe ao papel de fiscalizá-la ou providenciá-la. Para tanto, o papel das Autoridades Centrais é determinante. Visando proporcionar o procedimento, têm a incumbência de contatar os Centros de Mediação para indicar mediadores capacitados; advogados especializados ou Defensoria Pública; e os tribunais, para que suspendam os processos que tratam do conflito sendo discutido na mediação²⁰⁵. Também possuem o poder de encorajar a mediação quando forem acionadas por indivíduos buscando assistência na resolução de conflitos envolvendo disputas internacionais sobre família e crianças²⁰⁶. Internamente caberá aos Estados definir qual órgão assumirá as atividades da Autoridade Central.

Na incumbência de fiscalização, é válido cogitar a participação do Ministério Público²⁰⁷ na qualidade de custos legis. Junto ao papel consultivo do advogado, auxiliará o processo de mediação para estabelecer o framework legal e garantir que o acordo final seja válido nos ordenamentos internos.

3.3.2. Do papel do mediador internacional

Assim como a mediação internacional impõe entraves à mediação convencional, a mesma premissa se aplica aos mediadores, mesmo os mais experientes, pois necessitam passar por treinamento específico²⁰⁸ para lidar com os desafios adicionais.

Qualquer mediador doméstico poderá se defrontar com casos em que as partes possuam backgrounds culturais distintos. John Barkai entende o conceito de cultura como: “(..) total accumulation of an identifiable group’s beliefs, norms, activities, institutions and communication patterns”²⁰⁹. Essa pluralidade se intensifica ainda mais na mediação

²⁰⁵ CIUCA et al, 2013, p. 57-58.

²⁰⁶ Ibidem, p. 63.

²⁰⁷ RUBAJA, 2016, p. 15.

²⁰⁸ CIUCA et al, op cit, p. 38.

²⁰⁹ BARKAI, John. *What's a Cross-Cultural Mediator to do: A Low-Context Solution for a High-Context Problem*. [S.I.]: Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2008, p. 1.

internacional e, conseqüentemente, certos cuidados devem ser tomados em relação ao comportamento das partes e dos mediadores. Vikran S. Negi²¹⁰ explica:

"Generally while dealing with cross cultural negotiations or mediation there is a general assumption that there are certain fixed do's and don't's: Do not offer your left hand to an Arab; learn how to deeply bow to a Japanese negotiator; understand the protocols for offering refreshment to a Turkish counterpart. It is important to keep in mind that culture is a superficial overlay that covers a universal human nature or culture, deep down, where it counts, all persons are fundamentally the same when it comes to reasoning, emotionality, needs, and desires. This confusion arises because there is a generic human culture, "a species-specific attribute of Homo sapiens, an adaptive feature of our kind on this planet for at least a million years or so." But there are also local cultures—"those complex systems of meanings created, shared, and transmitted (socially inherited) by individuals in particular social groups" which have the ability to influence the mediation process."

Os estereótipos supostos segundo a nacionalidade das partes podem não corresponder à realidade, contudo, trazem orientações valiosas para o primeiro contato. Barkai explica que os comportamentos não possuem significado até que sejam colocados em um contexto cultural²¹¹. Normalmente interpretamos comportamentos alheios a partir da nossa própria cultura, gerando desentendimentos que podem ser compreendidos como insultos ou ofensas pelo outro. Diferenças transculturais geram maiores graus de fricção e frustração, agravando o conflito²¹².

Diante disso, considera-se profícuo o estudo sobre contextos de comunicação. Referem-se a indicadores sociais que demarcam tendências de conduta relacionadas à cultura para assessorar as negociações transnacionais.

3.3.2.1. Marcadores de contextos de comunicação

O indicador de high e low context²¹³ diz respeito à forma como membros de determinados grupos se comunicam. Nas culturas de low context a conversação é direta e os diálogos são majoritariamente verbais. O pensamento é altamente individualista e segue o modelo problem-solver pela lógica linear. As relações entre as partes são consideradas

²¹⁰ NEGI, Vikrant S. *Cultural Challenges in Cross Border Mediation*. [S.I.]: Law and Technology Resources for Legal Professionals, 2007, p. 5.

²¹¹ BARKAI, 2008, p. 1

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem, p. 2-3.

transitórias e desimportantes para a negociação. Nas sociedades de high context, a informação principal está inserida no contexto. Valoriza-se o histórico anterior ao conflito e a comunicação não-verbal. Há preocupação com o simbolismo e o bom relacionamento entre os envolvidos. Segue-se a lógica espiral dos fatos e o pensamento em prol do coletivo.

O Power Distance Index²¹⁴ mede o grau de valorização da hierarquia. Nos grupos que tendem ao índice de high power o status é altamente valorizado. Desigualdades não são somente esperadas, como são desejadas. O poder decisório é centralizado e as demonstrações de respeito à hierarquia têm melhor conotação. Do outro lado do espectro, as sociedades low power enaltecem a igualdade de oportunidades para todos. O poder é descentralizado, o que gera maior interdependência. Palavras como “direitos”, “negociação”, “justiça”, “necessidade” e “objetivos” são melhor percebidas. Associa-se a países com maior PIB (produto interno bruto) e menores populações.

Individualismo e coletivismo²¹⁵ constituem outro marcador contextual de comunicação. Em sociedades individualistas, reforçam-se as conquistas pessoais. O comportamento das pessoas é menos influenciado pelo coletivo, de sorte que o interesse do grupo torna-se menos importante que o individual. Em contrapartida, para os coletivistas, os relacionamentos interpessoais são mais importantes do que a negociação. Costumam tomar responsabilidade pelas ações dos outros membros, sejam boas ou ruins. Barkai denota que:

"People from collective cultures will be particularly difficult in negotiations and mediations for people from low-context cultures such as the U.S. Collective cultures thrive on stable relationships between opposing negotiators and parties in mediation. If during the course of a negotiation or mediation one of the parties can no longer be part of the process, replacing the party to the negotiation or mediation means that a new relationship will have to be built, which will take more time."²¹⁶

O Uncertainty Avoidance Index²¹⁷ versa sobre o nível de tolerância para ambiguidade e desestruturação suportados pelos grupos. Representa a importância da verdade e aprecia o respeito ao rigor da lei. High uncertainty avoidance cultures prezam por circunstâncias bem estruturadas, previsibilidade, trabalho árduo, precisão e pontualidade. Lidam com a ansiedade minimizando as incertezas e aceitam menores recompensas em favor da maior probabilidade

²¹⁴ Ibidem, p. 3-4.

²¹⁵ Ibidem, p. 4-5.

²¹⁶ Ibidem, p. 5.

²¹⁷ Ibidem, p. 6-7.

de sucesso. Preferem operar por regras e regulamentos, recorrem as especialistas para assegurar maior acuidade nos times de negociação e guiam-se pelo medo do fracasso. Low uncertainty avoidance cultures, por sua vez, são norteadas pela esperança de sucesso. Possuem maior tolerância para opiniões contrastantes, seguem menos regras e prestigiam negócios mais informais. Valorizam a criatividade e a flexibilidade e não têm medo de experimentar.

Há também sociedades orientadas a longo ou curto prazo.²¹⁸ Grupos de long term orientation fazem investimentos, sacrificando-se no presente para serem recompensados no futuro. Respeitam a tradição e prezam pela perseverança. Já os grupos de short term orientation dedicam pouco esforço para obter resultados rápidos. São vistos como irresponsáveis pelo outro grupo.

Por fim, cabe mencionar as culturas mono e policrônicas²¹⁹. Para agrupamentos monocrônicos o tempo é linear, quantificável e limitado, portanto, deve ser usado com sabedoria. Eficiência, prazos e cumprimento de cronogramas são condecorados e surpresas são indesejáveis. Para os policrônicos não há limites para o tempo, que se regula de acordo com a necessidade das pessoas. Enquanto os sujeitos das sociedades monocrônicas preferem terminar uma tarefa antes de assumir a próxima, nas policrônicas os indivíduos acreditam que o multitasking é a opção mais eficiente.

Concerne aos mediadores internacionais ter noção dos indicadores supracitados, utilizando esses conhecimentos como ferramentas de planejamento para as sessões de mediação. Contudo não devem se ater aos estereótipos e condicionar o comportamento das partes à repetição de condutas previamente percebidas. Devem ser flexíveis para conhecer os mediados de fato e guiá-los à resolução da controvérsia da melhor maneira possível.

3.3.2.2. Da capacitação dos mediadores internacionais

A capacitação do mediador é fundamental para a mediação internacional, que necessita dispor de técnicas direcionadas às especificidades desse procedimento. Além disso,

²¹⁸ Ibidem, p. 8.

²¹⁹ NEGI, 2007, p. 10.

para conferir credibilidade aos acordos, os Estados podem exigir a formação e experiência profissional dos mediadores²²⁰.

Diversos países europeus utilizam a Wroclaw Declaration²²¹ como guia para selecionar os mediadores na mediação internacional. Trata-se de um documento criado em 2007 pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa para regular o conflito de leis familiares (divórcio, custódia e subtração internacional de menores) entre os países-membros. Baseia-se nas experiências de mediação familiar entre Alemanha, França e Estados Unidos, na Convenção da Haia de 1980 e na Brussels IIa Regulation.

A Wroclaw Declaration recomenda que a mediação internacional seja conduzida como co-mediação bi-nacional, ou seja, requer a formação de uma equipe na qual cada um dos mediadores deve ter a mesma nacionalidade das partes, de modo que reflitam os contextos culturais dos envolvidos. Outro requisito é que haja um mediador homem e outra mulher para promover representatividade e prevenir desigualdades de poder em função de gênero. Um dos mediadores deve possuir background profissional psicológico ou pedagógico, enquanto o outro deve obter formação jurídica. Quanto mais específicos forem os tópicos abordados na mediação, mais específica deve ser a formação do mediador e mais recomendável é a sua experiência com a matéria. Esse formato, todavia, implica em custos maiores para as partes e demanda mais tempo e disponibilidade dos mediadores para ser empreendido.

Ainda no âmbito da Europa, existem diversas organizações que promovem cursos para treinar mediadores em mediação internacional. A Reunite²²² é uma instituição inglesa criada em 1980 que, inicialmente, funcionava como um centro de informações. Em 1987 iniciou atividades para auxiliar pais envolvidos em casos de subtração internacional de menores. É, atualmente, a principal organização do Reino Unido que lida com questões transnacionais sobre crianças. Oferece serviços de aconselhamento, informação e suporte, além de operar uma linha telefônica específica de disponibilidade ininterrupta para estes fins. Recebe apoio do Ministério da Justiça, do Foreign & Commonwealth Office, de doações independentes e demais fundos de caridade.

²²⁰ CIUCA et al, 2013, p. 42.

²²¹ WROCLAW Declaration. *Mediation of Bi-national Disputes over Parents' and Children's Issues*. 2007. Disponível em: <<http://missingchildreurope.eu/Portals/1/wroclaw-declaration.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

²²² Informações disponíveis em: <<http://www.reunite.org/aboutus.asp>>. Acesso em 4 de junho de 2017.

A Alemanha possui duas grandes entidades que oferecem cursos de capacitação e auxílio aos envolvidos na mediação internacional. A primeira delas é o IKO (Institut for Konfliktlösugen²²³)²²⁴, estabelecido em 2001. Opera o Centro de Mediadores de Braunschweig, que desenvolve mediações familiares, comerciais e trabalhistas, e oferece cursos de treinamento destinados tanto a profissionais como estudantes. É dirigido pelos Professores Doutores Ansgar Marx e Gisela Stelzer Marx, responsáveis pela criação de um jogo de tabuleiro chamado “Sich einigen!”²²⁵. O jogo foi criado para que crianças e seus familiares o utilizem durante o processo de mediação e entendam seus papéis nesse procedimento. O objetivo é aprender como se comportar frente a situações conflituosas de maneira construtiva.

A MiKK (Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten²²⁶)²²⁷ é uma organização não-governamental sem fins lucrativos que oferece suporte, apoio e recomendações nos casos de subtração internacional de menores, custódia e visitação. Disponibiliza informações para advogados e juizes sobre os aspectos legais e procedimentais da mediação internacional, bem como modelos prontos de acordos iniciais e um questionário²²⁸ para as partes realizarem antes da mediação, visando economizar tempo e organizar os esforços dos mediadores. Oferta também uma lista de mediadores e advogados no site, categorizados pela nacionalidade e idioma que falam.

A organização foi responsável pela produção de uma publicação chamada “Cross-Border Family Mediation - International Parental Abduction Custody and Access Cases”, que objetiva assessorar todos os profissionais envolvidos nesses conflitos, especialmente os mediadores. Incluem metodologias e ferramentas; informações para coordenar a mediação junto aos processos judiciais; estudos de casos; modelos de acordos de mediação; técnicas para lidar com a interpretação bilíngue; e detalhes sobre a mediação familiar em países não-signatários das Convenções da Haia, com foco nos países muçulmanos.

²²³ Tradução livre: Instituto de Resolução de Conflitos.

²²⁴ Informações disponíveis em: <http://www.iko-info.de/index.php?&subrubrik_id=5&rubrik=5>. Acesso em 8 de junho de 2017.

²²⁵ Tradução livre: Concordo!

²²⁶ Tradução livre: Mediação em conflitos internacionais sobre família e crianças.

²²⁷ Informações disponíveis em: <<http://www.mikk-ev.de/english/englisch/>>. Acesso em 8 de junho de 2017.

²²⁸ Disponível em: <<http://www.mikk-ev.de/wp-content/uploads/parents-questionnaire.pdf>>. Acesso em 8 de junho de 2017.

E, como já mencionado anteriormente, a Conferência da Haia lançou, em 2012, um Guia de Boas Práticas para mediação nos casos de subtração internacional de crianças segundo a Convenção de 1980. O guia define que os mediadores devem possuir conhecimentos sócio-psicológicos e jurídicos, a capacidade de identificar padrões de abuso e reconhecer se as partes estão aptas a desenvolverem a mediação. Determina que os mediadores obtenham habilidades linguísticas e compreensão transcultural, bem como familiaridade com os instrumentos legais relevantes. Indica também que devam possuir a habilidade de redirecionar a atenção dos pais para os interesses da criança e a competência para assistir as partes na busca por um acordo que seja implementável em todos os sistemas legais envolvidos.

3.3.2.3. Da atuação dos mediadores internacionais

Anca E. Ciuca et al²²⁹ indicam que os mediadores devem se atentar para certos aspectos antes de iniciarem as sessões de mediação de dimensão internacional. O primeiro passo a ser tomado deve ser a demarcação do framework legal útil e, havendo filhos, aferir as possibilidades de guarda após a separação ou divórcio.

Outra questão extremamente relevante é a normatização da coabitação fora do casamento. No Brasil a matéria toma a forma da União Estável, porém, diversos países não a reconhecem ou conferem regimento diferente a esse instituto. Assim, se nenhuma garantia familiar for estendida aos coabitantes, a mediação sobre os conflitos derivados da separação é impossível, pois o acordo será inexecutável.

Considera-se importante conferir se há auxílio financeiro governamental disponível para partes com fundos limitados. Nesse sentido a tecnologia pode exercer a garantia de democratização do acesso à justiça²³⁰. Além do pagamento de honorários aos advogados e mediadores, existem custos adicionais com a locação de um espaço para realizar as sessões, contratação de outros profissionais especializados, viagem e hospedagem, o que deixa o procedimento muito caro. A hipótese de realizar as sessões por videoconferência reduz

²²⁹ CIUCA et al, 2013, p. 48.

²³⁰ Ibidem, p. 56.

significativamente o dispêndio da mediação internacional. Essa possibilidade é inclusive prevista pelo art. 46 da Lei 13.140/2015 sobre mediação²³¹.

Outra ponderação indispensável se refere às qualificações penais de determinadas condutas geradas por efeito da separação ou relativas às famílias. Em alguns ordenamentos, é possível que se declare a culpa de uma das partes no divórcio, o que pode cercear certos direitos e torná-los indisponíveis para a mediação. A subtração internacional de menores, por exemplo, é crime previsto em diversas legislações, assim, torna-se necessário apreciar as especificidades do ilícito e seus desdobramentos para proceder à negociação.

A Wroclaw Declaration, previamente exposta, surge como um modelo de atuação, do momento de escolha dos mediadores às técnicas utilizadas, contudo, certos problemas podem surgir da sua aplicação²³². O guia prescreve a formação de uma equipe de profissionais devidamente capacitados que devem preencher uma série de requisitos para realizar a co-mediação. Entretanto o regramento perpassa possíveis discordâncias entre os mediadores, que possuem formações diferentes e utilizam técnicas próprias, resultando em abordagens completamente opostas. Em face disso, uma série de novos conflitos surtem da divergência interna da equipe e prejudicam o processo de mediação. Cabe aos mediadores estabelecer um ambiente pacífico para deixar os mediados confortáveis e aptos ao diálogo. Se iniciarem uma discussão durante as sessões motivada por desacordos entre si, contribuirão para o clima de fricção e frustração inerente ao conflito.

Dessarte compete aos condutores desse procedimento dialogar em particular antes do encontro com as partes para entrarem em sincronia. Para tanto devem abordar o conteúdo de seus treinamentos, experiências prévias e demais questões metodológicas, como quem será o responsável por abordar as partes e advogados, quem escreverá os e-mails e em qual idioma se sentem confortáveis para guiar a mediação.

A comunicação entre os mediadores remete a outra técnica enaltecida pela Wroclaw Declaration, que consiste no método do “reflecting team”. Trata-se de um momento no qual os mediadores trocam pontos de vista sobre o caso na presença das partes para oferecer uma

²³¹ “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.”

²³² CIUCA et al, 2013, p. 54.

nova perspectiva²³³. Sua utilização se revela uma ótima forma de transviar o foco das minúcias para o nível da dinâmica conflitual²³⁴.

Por fim, os mediadores devem se atentar para papéis que podem surgir com relevância durante a mediação²³⁵. Cita-se a importância da família estendida, incluindo avós e demais parentes, bem como feriados e celebrações religiosas. No que tange aos filhos, suscitam-se questões específicas sobre a forma de criação, alternativas de educação e a oportunidade de trazê-los para serem ouvidos nas sessões de mediação.

3.3.3. Das especificidades do acordo

Os acordos obtidos pela mediação internacional devem conter cláusulas e características diferenciadas para assegurar seu reconhecimento, aplicação e execução nas legislações internas. São instrumentos equivalentes às ordens judiciais quando homologados, que contêm os termos estabelecidos pelas partes para solucionar o conflito.

As especificidades dos acordos obtidos pela mediação internacional iniciam-se pela eleição do idioma²³⁶ utilizado para escrevê-los. Nesse procedimento é comum que as partes possuam nacionalidades diferentes e não falem a mesma língua. É importante que os mediadores se atentem para as divergências semânticas, pois existem expressões no idioma de uma das partes que podem não existir no outro. As barreiras linguísticas podem prejudicar a compreensão dos termos do acordo e não resolver o conflito de maneira completa, além do potencial de causar demais problemas para sua aplicação no futuro.

O auxílio de intérpretes, entretanto, é controverso. São profissionais responsáveis por receber uma mensagem e traduzi-la ao verdadeiro receptor, visto que são meros intermediários da comunicação. Ocorre nesse processo a terceirização da informação, correndo o risco de ser alterada e mudar de sentido. É inegável que a mensagem é melhor absorvida se for emitida e recebida por uma só via, porém, segundo a teoria da comunicação, a língua corresponde ao código que, para efetivar a transmissão da mensagem, deve ser entendido tanto pelo emissor quanto pelo destinatário.

²³³ PAUL; WALKER; 2008, p. 44.

²³⁴ CIUCA et al, 2013, p. 55.

²³⁵ Ibidem, p. 52-53.

²³⁶ Ibidem, p. 67.

Isto posto, o intérprete pode influenciar diretamente o potencial de cumprimento dos acordos, a depender da precisão da tradução que fizer. Sua presença causa desconfiança nas partes²³⁷, porquanto não têm absoluta certeza de que a mensagem chegou ao outro da forma que foi emitida. Outra suspeita se revela na intenção do intérprete em alterar a tradução para favorecer uma parte ou outra²³⁸, advogando para direitos unilaterais. Cabe às partes e aos mediadores pesar a participação desses profissionais, provado que a presença de intérpretes no procedimento da mediação internacional sempre afeta sua credibilidade.

Por fim, os acordos de mediação familiar internacional devem prever possíveis desdobramentos decorrentes desta, estabelecendo cláusulas preventivas. Dentre elas enumeram-se: o reajuste de valores pecuniários e o procedimento para executar a inadimplência dos mesmos; a alteração de cláusulas decorrentes de situações fáticas (e. g. mudança de país do progenitor que obtêm custódia, gerando novas condições para definir a guarda e o regime de visitação); a instância para qual se deve recorrer uma vez descumpridos seus termos; e se a primeira via escolhida para decidir essas modificações será a da mediação ou a judicial²³⁹.

3.4. Legislação brasileira complementar à Lei nº 13.140/15 sobre Mediação

Como exposto previamente, a legislação brasileira é novata no instituto da mediação, posto que a primeira lei formulada para regulamentá-la só foi estabelecida em 2015. Porém, antes de entrar em vigor, já havia previsão para recorrer a medidas extrajudiciais em outros dispositivos. A Constituição Federal de 1988²⁴⁰ foi responsável por introduzir a real incorporação dos métodos alternativos no ordenamento brasileiro. Mas o debate específico para a mediação se iniciou com o Projeto Legislativo da Lei de Alienação Parental. Após o advento da Lei nº 13.140/15, o Código de Processo Civil de 2016 fixou a mediação e a

²³⁷ Ibidem, p. 74.

²³⁸ Ibidem, p. 53.

²³⁹ Ibidem, p. 76.

²⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 de junho de 2017.

conciliação como etapas obrigatórias do processo judicial, estabelecendo, assim, uma nova tendência na resolução de conflitos.

3.4.1.1. Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abriu o caminho para a inclusão dos métodos alternativos de resolução de controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro em dois momentos. Primeiramente evidencia-se que o legislador incluiu a solução pacífica de controvérsias em posição de destaque no principal diploma legal do ordenamento jurídico brasileiro. O preâmbulo da Constituição diz:

“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.”

Paul Beaumont²⁴¹ declara que o preâmbulo de um documento descreve seu propósito e utiliza termos que auxiliam os leitores a entender a forma como deve ser interpretado e aplicado. É, portanto, é a parte mais importante de qualquer documento legislativo. A disposição se repete no art. 4º:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...) VII - solução pacífica dos conflitos;”

Posteriormente a Constituição traz o princípio da isonomia no caput do art. 5º da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. Trata-se de disposição indispensável para a admissão da mediação no ordenamento jurídico brasileiro, pois, como se recorda dos

²⁴¹ BEAUMONT, 2009, p. 526.

argumentos trazidos anteriormente, a isonomia permite o cumprimento do objetivo de restauração do diálogo e o equilíbrio de poderes entre as partes. É indissociável do princípio da não-adversariedade intrínseco à mediação e garante a realização do melhor acordo possível.

3.4.1.2. Lei 12.318/2010 sobre Alienação Parental

O projeto original da Lei de Alienação Parental foi criado pelo Dr. Elizio Perez, Juiz do Trabalho em São Paulo, e levado adiante pelo deputado Régis Oliveira do PSC-SP, que o apresentou ao Congresso em outubro de 2008²⁴². A primeira versão contava com um artigo sobre a escolha pela via da mediação para solucionar conflitos dessa natureza. Decidiu-se que o PL passaria pelas Comissões de Seguridade Social e Família (CSSF) e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC).

Na CSSF o artigo sobre mediação foi excluído, sob a justificativa de que já existiam outros projetos mais amplos sobre o assunto correndo na Câmara dos Deputados e que, devido à sensibilidade envolvida, a matéria merecia exame autônomo²⁴³. Na CCJC a Relatora Dep. Maria do Rosário reincluiu o artigo sobre mediação, devido ao fato de que a existência de projetos mais compreensivos sobre o tema não assegurava que os mesmos fossem ser aprovados futuramente²⁴⁴.

O Senado concedeu aprovação integral ao substituto apresentado na CCJC, conquanto, o ex-Presidente Lula, ao sancionar o PL, tenha vetado o artigo sobre mediação sob duas justificativas: a indisponibilidade dos direitos da criança e do adolescente, por serem fundamentais; e a violação da Lei 8.069/90 que previa a aplicação do princípio da intervenção mínima²⁴⁵.

Sobre a indisponibilidade dos direitos fundamentais, o veto não deveria prosperar. A mediação não se presta a acobertar ilegalidades, pois trata-se de um “método de resolução de conflitos que não permite que as ações humanas dele decorrentes se escusem ao cumprimento

²⁴² MASCARENHAS, 2011, p. 30.

²⁴³ Ibidem, p. 31.

²⁴⁴ Ibidem, p. 32.

²⁴⁵ Ibidem.

do direito”²⁴⁶. Os acordos necessitam de homologação judicial para obterem reconhecimento jurídico, assim sendo, não podem violar preceitos constitucionais sob pena de serem invalidados²⁴⁷.

Quanto à violação da Lei 8.069/90, foi alegado que eventuais medidas de proteção para crianças e adolescentes devem ser exercidas exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável. Assevera-se que o terceiro imparcial que assiste à mediação não tem o poder de intervir no conflito, conforme observação do princípio da neutralidade, imparcialidade e credibilidade do mediador. Em razão disso, preserva-se o princípio da intervenção mínima, visto que o acordo é resolvido unicamente pelas partes²⁴⁸.

3.4.1.3.O Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil é contemporâneo à Lei de Mediação, tendo entrado em vigor em 2016. Trouxe uma nova tendência ao ordenamento brasileiro de acessibilidade à justiça como um todo, determinando o esgotamento das vias conciliatórias antes de se dar continuidade ao processo judicial. Somente após o fracasso da conciliação ou mediação que se inicia o prazo para o réu apresentar contestação. Há quem defenda que essa disposição fere os princípios da ampla defesa e do contraditório²⁴⁹. Todavia, a inclusão da etapa conciliatória obrigatória não retira das partes o direito de optar pelas vias judiciais, apenas oferece uma oportunidade de resolver o conflito de forma mais informal. O Código traz, portanto, disposições complementares à Lei 13.140/15, pois utiliza-a para guiar a etapa de mediação judicial obrigatória e, além disso, promove a procura pelas vias alternativas de resolução de controvérsias.

²⁴⁶ OLTRAMARI, Fernanda; SELONK, Rafael. *Síndrome da Alienação Parental e a Mediação como caminho possível*. Erechim: Perspectiva, 2014, p. 13.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ MASCARENHAS, 2011, p. 34.

²⁴⁹ BORTOLAI, 2015, p. 334.

3.5. O Projeto Legislativo da Conferência da Haia na perspectiva da Lei nº 13.140/2015 sobre Mediação

A Lei nº 13.140/15 impõe duas principais barreiras à possível aderência do Brasil aos projetos de Convenção em processo de elaboração pela Conferência da Haia. O presente tópico analisará as hipóteses de incompatibilidade da referida Lei com as futuras Convenções da Haia, criticando os motivos que potencialmente provocarão tais impedimentos.

3.5.1. Da impossibilidade de mediar sobre direitos indisponíveis

O art. 3º da Lei nº 13.140/15 determina que a mediação só possa versar “sobre direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação”. Para estes, especificamente, deve haver consenso entre as partes, oitiva do Ministério Público e homologação em juízo (art. 3º, §2º).

O “direitos indisponíveis transigíveis” correspondem a um termo criado pelo Senador José Pimentel e acrescentado em uma versão dos Projetos Legislativos²⁵⁰, especificamente o PLS nº 434/2013, que levaram à Lei de Mediação:

“Optou-se por incluir-se no rol de matérias que podem ser objeto de mediação aquelas que envolvam direitos disponíveis e também as que envolvem indisponíveis passíveis de transação, ainda que sob respaldo judicial. Assim, abre-se espaço para que, por exemplo, um casal com filhos menores, durante uma eventual separação, resolva todas as questões de guarda e alimentos por meio da mediação extrajudicial, em um acordo consensual, se assim o desejar. Porém, tal acordo, para ter validade, precisa ser homologado judicialmente, com a prévia oitiva do Ministério Público”²⁵¹

As primeiras variantes do art. 3º passaram por diversas alterações até chegarem à presente redação. Originalmente o dispositivo continha três parágrafos, no qual o terceiro explicitava quais hipóteses se excluía do escopo de abrangência da mediação. Vê-se:

²⁵⁰ MARTINS, Gabriela F. *Direitos Indisponíveis que admitem transação*: Breves considerações sobre a Lei nº 13.140/2015. Brasília: Caderno Virtual IDP, 2016, p. 4.

²⁵¹ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 434 de 2013. *Dispõe sobre a mediação*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=138762&c=PDF&tp=1>>. Acesso em 8 de junho de 2017.

“Art. 3º. Somente pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre matéria que admita transação.

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

§ 2º Os acordos envolvendo direitos indisponíveis e transigíveis devem ser homologados em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público quando houver interesse de incapazes.

§ 3º Não se submete à mediação o conflito em que se discute:

I – filiação, adoção, poder familiar ou invalidade de matrimônio;

II – interdição;

III – recuperação judicial ou falência.”²⁵²

Porém, como explicita Gabriela Freire Martins²⁵³, essa retirada “(...) não esclareceu os critérios de admissibilidade da transação no âmbito dos direitos indisponíveis”, confluindo para a imprecisão do art. 3º e obstruindo sua aplicação.

A indisponibilidade dos bens tem relação com a irrenunciabilidade. Refere-se a direitos intransmissíveis e inalienáveis da personalidade. Carlos Roberto Gonçalves²⁵⁴ declara:

“(…) [A indisponibilidade dos bens] não impede a sua mutação, diante de determinados fatos estranhos à vontade humana ou como emanção dela, preenchidos os requisitos legais. (...) Modificam-se, nesses casos, os elementos que o integram, sem prejuízo da unidade substancial, que é inalterável.”

Maria Helena Diniz atenta para o fato de que “(...) tal mutabilidade não é arbitrária, pois requer a verificação de determinadas condições ou formalidades legais”²⁵⁵.

Transações são negócios jurídicos cujas obrigações podem ser extintas a qualquer momento pelas partes mediante concessões recíprocas. Têm “(...) como objeto todos os

²⁵² BRASIL. Senado Federal (Comissão de Constituição e Justiça). *Parecer nº 1 de 2014*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=144167&tp=1>>. Acesso em 9 de junho de 2017.

²⁵³ MARTINS, 2016, p. 8.

²⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 1 Esquematizado: Parte Geral, Obrigações, Contratos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 142.

²⁵⁵ DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 236.

interesses juridicamente protegidos em relação aos quais as partes possam transigir e dispor no uso de sua autonomia de vontade, desde que não vedada por lei”²⁵⁶.

Alimentos, portanto, se enquadram na hipótese de direitos indisponíveis, porém, transigíveis. Como levanta Patrícia Fontanella²⁵⁷, sua natureza está ligada “à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e à solidariedade social e familiar (art. 3º, CF/88)”. A obrigação de prestá-los se dá pelo art. 1.694 do Código Civil²⁵⁸.

Sílvio Venosa oferece abordagem diferente à essa determinação:

“Assim como não se admite renúncia ao direito de alimentos, também não se admite transação. O quantum dos alimentos já devidos pode ser transigido, pois se trata de direito disponível. O direito, em si, não o é. O caráter personalíssimo desse direito afasta a transação.”²⁵⁹

O autor divide a questão dos alimentos em duas partes: a obrigação de pagá-los e a quantia a ser definida. Seriam indisponíveis quanto à isenção facultativa ao pagamento e disponíveis em relação ao valor. A dualidade semântica, entretanto, não é prática.

Esse pensamento não se afasta da aplicação da lei conforme foi aprovada. A mediação de alimentos deve abordar unicamente a quantia pecuniária, de acordo com a capacidade do orçamento da parte que deve prestá-los. A obrigação se direciona ao sustento das crianças e, para isso, não pode ser paga de nenhuma outra forma que não seja em dinheiro.

Flávia Mascarenhas chama a atenção para o fato de que indisponibilidade não se confunde com impossibilidade de negociação²⁶⁰. Direitos indisponíveis são irrenunciáveis por serem também direitos fundamentais, todavia, são direitos complexos que possuem aspectos disponíveis, e estes podem ser negociados. A autora oferece como exemplo a guarda, outro direito indisponível, para comprovar seu posicionamento:

²⁵⁶ ESMape (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco). *Transação: Resolução de Conflito sem Processo Judicial*. Recife: Programa de aperfeiçoamento dos Magistrados do estado de Pernambuco, 2009, p. 15.

²⁵⁷ FONTANELLA, Patrícia. Alimentos pós-divórcio. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N.; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José F. (Coord.). *Direito de Família e Sucessões: Temas Atuais*. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 440-443.

²⁵⁸ “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

²⁵⁹ VENOSA, Sílvio S. de. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 411. apud MARTINS, 2016, p. 15-16.

²⁶⁰ MASCARENHAS, 2011, p. 33.

“A guarda de uma criança, por exemplo, é um direito indisponível. Porém, esta indisponibilidade não obsta que pai e mãe, de comum acordo, negociem parâmetros para sua efetivação, visando o bem do próprio menor.”²⁶¹

No mesmo panorama, aponta Luciana Moessa de Sousa:

“(…) é comum no Brasil (especialmente na seara pública), onde a prática da mediação ainda ensaia seus primeiros passos e sequer temos legislação a respeito, de que não é possível a mediação de conflitos que envolvem direitos indisponíveis. (...) Os direitos de exercício afetivo da ligação, da maternidade e da paternidade envolvidos nos conflitos relativos à guarda de filhos menores, por exemplo, são claramente indisponíveis e a mediação vem sendo amplamente utilizada, notadamente em programas de mediação dentro do próprio Judiciário.”²⁶²

Fernanda Oltramari e Rafael Selonk²⁶³ enunciam que a mediação, apesar de ser um método alternativo de resolução de conflitos, é igualmente válida e, portanto, não permite que as partes se escusem ao cumprimento da obrigação. Outrossim, destacam que os acordos decorrentes da mediação familiar sobre direitos indisponíveis sofrem dupla intervenção fiscalizadora do Estado para serem exigíveis judicialmente, observado o critério de acompanhamento pelo Ministério Público e a etapa de homologação.

O fato de o art. 3º da Lei de Mediação omitir do que se tratam os direitos indisponíveis e transigíveis faz com que seja necessário provar que a mediação sobre alimentos é possível, argumentando que existe um aspecto passível de transação sobre o quantum da prestação. Assim, a análise do juiz dependerá da sua própria avaliação no momento de homologar ou não o acordo, provado que a doutrina diverge sobre essa adequação.

Como já apontado anteriormente, o princípio da reciprocidade sempre aparece em convenções internacionais que impõem obrigações entre as partes. Portanto, para que o reconhecimento de acordos sobre alimentos feito no exterior seja passível de homologação na justiça brasileira, deve obedecer aos mesmos requisitos impostos pela legislação interna.

Possibilitando a mediação internacional sobre alimentos por meio das futuras Convenções, eventualmente os tribunais se deparariam com acordos não realizados sob as

²⁶¹ Ibidem, p. 34.

²⁶² SOUSA, Luciana Moessa de. Mediação de conflitos e o novo código de processo civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (Org.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 217 apud BORTOLAI, 2015, p. 340.

²⁶³ OLTRAMARI; SELONK, 2014, p. 13.

condições impostas pela Lei nº 13.140/15, negando seu reconhecimento por violação do princípio da ordem pública. Os efeitos desse impedimento trariam grande frustração às partes, que já terão, a esse ponto, pagado honorários a mediadores e advogados, disponibilizado tempo para realizar as sessões e dedicado esforços para resolver o conflito.

Além disso, a questão dos alimentos internacionais se torna ainda mais complicada considerando a decretação de prisão para os inadimplentes²⁶⁴, a impenhorabilidade de patrimônio destinado ao pagamento²⁶⁵ e o bloqueio da porcentagem correspondente à prestação no contracheque do alimentante²⁶⁶.

Os pontos supracitados não admitem flexibilidade de negociação. E, por se tratarem de exigências com consequências severas, a mediação já seria iniciada com ressalvas da parte forânea. Também não seria possível aplicar o princípio da reciprocidade nesse caso, pois as mesmas condições que a lei determina para garantir a prestação de alimentos no Brasil não geram as mesmas sanções nos ordenamentos estrangeiros.

Há muito pouco o que se mediar em relação a alimentos segundo a legislação brasileira, mas isso não significa que seja uma característica ruim. A lei toma medidas rigorosas devido ao caráter urgente da prestação de alimentos, cuja delonga para o cumprimento pode incorrer em prejuízos irremediáveis para a criança.

3.5.2. Da capacitação obrigatória do mediador

Quanto à capacitação dos mediadores, a Lei nº 13.140/15 separa-os entre extrajudiciais e judiciais. Para a primeira categoria, o art. 9º estabelece que possa ser “qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer

²⁶⁴ “Art. 528, § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 10 de junho de 2017.

²⁶⁵ “Art. 533, § 1º O capital a que se refere o caput, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação”. Código de Processo Civil.

²⁶⁶ “Art. 533, § 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz”. Código de Processo Civil.

mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”. Para a segunda, o art. 11 determina-se que seja:

“(…) 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.”

Percebe-se que as condições para os mediadores judiciais são muito mais rigorosas em comparação aos mediadores extrajudiciais. Há algumas diferenças importantes entre os dois procedimentos. A mediação extrajudicial é mais informal e tem caráter completamente voluntário. A mediação judicial é organizada pelos tribunais e consiste em etapa obrigatória dos processos.

De acordo com os pontos já discutidos anteriormente, reitera-se que o Brasil é novato na prática da mediação em comparação a demais países²⁶⁷. Isso significa que não existem mediadores suficientes para atender à demanda social, que há poucos Centros de Mediação certificados, que não há grande oferta de cursos de qualidade para capacitação e que não existem espaços construídos para realizar todas as sessões e abrigar os novos profissionais.

"(...) there are countries such as the England and Wales and Austria where family mediation is very much established and widespread, in-depth training is available, standards have long been set and legislation is in place, and there are other countries in which family mediation is just beginning to be pioneered, with very little practice and no specialized training whatsoever in this area"²⁶⁸

O resultado é que a mediação fica submetida à falta de recursos e, portanto, não pode ser exercida de forma ideal. A inclusão do método no Novo Código de Processo Civil e a criação da Lei nº 13.140/15 representaram grande avanço para catapultar os métodos autocompositivos de resolução de conflitos à incorporação definitiva no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, como a mediação é etapa obrigatória dos processos civis, assim como a conciliação, as audiências ou são realizadas dentro dos tribunais ou acabam não acontecendo. Quanto mais a mediação se parecer com o processo comum, menor é a sua

²⁶⁷ SOUSA, 2013, p. 217 apud BORTOLAI, 2015, p. 340; BONN, 2012, p. 239; MASCARENHAS, 2011, p. 35.

²⁶⁸ CIUCA et al, 2013, p. 42

eficiência e independência do Poder Judiciário, observando que o motivo pelo qual existe é diretamente conectado ao afastamento das vias judiciais.

O princípio da reciprocidade também se mostra importante para essa questão. Analisando os requisitos para capacitação obrigatória do mediador judicial, não fica claro quais serão os requisitos exigidos pelo Poder Judiciário para conferir credibilidade ao mediador judicial estrangeiro que conduzir as sessões de mediação familiar internacional. Além disso, ainda se requer registrar os mediadores para habilitá-los a realizarem o procedimento.

Como se denota do tópico sobre Direito Estrangeiro do presente trabalho, as abordagens para essa questão são extremamente diversas. Dos países do Mercosul que possuem legislação sobre métodos alternativos, o único que não exige registro dos mediadores capacitados é o Uruguai, visto que ingressam na carreira por concurso público e, logo, a exigência se torna inútil. Porém, ao analisar os requisitos para formação dos mediadores, encontra-se acentuada heterogeneidade.

As futuras Convenções da Haia deverão encontrar uma saída para esse desafio, estabelecendo um código de conduta para lidar com as adversidades provenientes da multiplicidade de requisitos para admitir os mediadores sem ferir o princípio da ordem pública. Como mencionado anteriormente, a capacitação é particularmente importante na mediação internacional e não pode ser dispensada, devido à sensibilidade da matéria e o nível técnico exigido para conduzi-la.

Conclusão

A incorporação da mediação nos ordenamentos jurídicos se revela tendência internacional, junto à adoção dos demais métodos alternativos de resolução de conflitos. Com a globalização, as fronteiras se enfraqueceram e o fluxo de pessoas se intensificou, ocasionando o aumento do número da formação de laços familiares entre indivíduos de nacionalidades diferentes. A partir desse fenômeno, surgiu a demanda pela utilização da mediação também em nível internacional.

Ocorre que a apropriação desse procedimento se encontra em diferentes níveis, verificando que consiste em prática já consolidada ou inovadora a depender da legislação examinada. Por conseguinte, existe acentuada heterogeneidade quanto à fluência na prática do referido método, ao número de mediadores treinados, à quantidade de Centros de Mediação, à qualidade dos cursos de capacitação e à aceitação e procura da sociedade pelas vias extrajudiciais. Além disso, há pluralidade de leis, costumes e valores sobre família que impedem a elaboração de um documento normativo que possa lidar eficientemente com os conflitos dessa natureza quando diversos países estejam envolvidos.

O princípio da ordem pública e o princípio da reciprocidade estão intrinsecamente conectados à construção desse novo instrumento, considerando que devem ser inevitavelmente observados para garantir que os acordos alcançados pela mediação internacional sejam reconhecidos, aplicáveis e executáveis entre os países signatários.

Da violação à ordem pública nota-se, em primeira instância, que não se pode obrigar a aplicação dos mesmos efeitos da lei nacional à lei estrangeira. Por exemplo, supõe-se que um indivíduo brasileiro deseje iniciar procedimento de mediação internacional sobre alimentos. Ao estabelecer o framework normativo, observa-se que quando ocorresse o inadimplemento da pensão, segundo a lei brasileira, seria decretada a prisão da parte alimentante. Entretanto, afere-se que não há disposição compatível na legislação estrangeira, não sendo possível conferir a mesma punição nem permitir que juiz brasileiro requeira a extradição da parte para ser presa no Brasil ou determine a prisão no outro país. Da mesma forma, nenhuma autoridade estrangeira pode obrigar autoridade brasileira a cumprir disposições conflitantes ou inexistentes no seu ordenamento jurídico nacional.

Além disso, no momento de análise para ratificação de futura Convenção internacional, o país deve se atentar à hipótese de existir artigo, cláusula ou princípio no

próprio texto do documento que seja impraticável no ordenamento interno. Tal precaução deve se estender principalmente a Convenções vinculantes, cujas provisões tendem a ser mais específicas em relação ao direito material e menos incisivas quanto ao procedimento.

Assim, o princípio da ordem pública, além de ser suscitado no momento de confecção do acordo de mediação internacional e sua homologação em juízo, deve ser considerado no momento de assinatura de futuros tratados internacionais sobre a matéria que possuam natureza vinculante, visto que o descumprimento de suas disposições geram sanções ao país-signatário.

O efeito gerado pelo princípio da reciprocidade associa-se à soberania dos Estados. Percebe-se pela discussão movida sobre a capacitação dos mediadores que existem demasiadas divergências entre as legislações para unificar os requisitos de formação e registro desses profissionais. É possível que os juízes, ao receberem o acordo de mediação para apreciação, verifiquem que o mediador não tenha cumprido as mesmas condições impostas pela legislação nacional para se tornar apto a conduzir o procedimento e, em vista disso, não concedam a homologação.

Logo, para evitar esse problema, a nova Convenção poderá propor dois recursos resolutivos. A primeira opção é o estabelecimento de princípios ou conjunturas padronizadas para criar raízes de compatibilidade entre as legislações e permitir a criação de um dispositivo proficiente. Outra saída é determinar, segundo o princípio da soberania, que os países abrigam a prerrogativa para definir seus próprios requisitos. Dessa maneira, atendendo ao princípio da reciprocidade, não se questionaria a capacitação ou registro dos mediadores, desde que se respeitasse a declaração de aptidão pelo país estrangeiro.

Conclui-se, em face dos desdobramentos supracitados e as especificidades resultantes da elaboração das Convenções pela Conferência da Haia, que o Estado brasileiro provavelmente não poderá assinar Convenção de natureza vinculante por conter disposições inconciliáveis com o seu ordenamento. Especialmente quanto ao art. 3º da Lei nº 13.140/15, verifica-se que os casos que versam sobre direitos indisponíveis carecem de fiscalização suplementar e é necessário que essa exigência seja cumprida no procedimento da mediação internacional para impossibilitar a configuração de vício formal que motive a denegação da homologação do acordo. Por outro lado, resta possível que o Brasil ratifique o tratado não vinculante devido ao seu caráter recomendatório, inexistindo hipótese de violação à ordem pública que acarrete em sanções pelo descumprimento dos preceitos contidos na Convenção.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Neuma. **Gênero e Ciências Humanas: desafio às ciências desde a perspectiva das mulheres**. Rio de Janeiro: Ed. Rosa das Tempos, 1997. 191 p.

ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela T. The cross-border recognition and enforcement of private agreements in family disputes on debate at the Hague Conference on Private International Law. In: MARQUES, Claudia L.; RODRIGUEZ, José A. M. (Org.). **Jornadas de la ASADIP 2014: Los servicios en el Derecho Internacional Privado**. Porto Alegre/Asunción: Grafica e Editora RJR, v. 1, 11 p., 2014.

ARGENTINA. Lei nº 24.573 de 4 de outubro de 1995. **Dispõe sobre a substituição com caráter obrigatório da mediação prévia em todos os juízos**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>>. Acesso em 26 de maio de 2017

ARGENTINA. Lei nº 26.589 de 15 de abril de 2010. **Estabelece com caráter obrigatório a mediação prévia a processos judiciais**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>>. Acesso em 26 de maio de 2017

BARBIERI, Carla B. A situação da mulher na família - Aspectos jurídicos. **Revista dos Tribunais Online**, v. 3, p. 42-94, jul./set. 2000.

BARKAI, John. What's a Cross-Cultural Mediator to do: A Low-Context Solution for a High-Context Problem. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, nº 43, 2008.

BASTARD, Benoit; CARDIA-VONECHE, Laura. Family Mediation in France. **International Journal of Law and the Family**, Oxford, nº 7, p. 271-281, 1993.

BASTOS, Eliene F.. Uma Visão de Mediação Familiar. In: BASTOS, Eliene F.; SOUZA, Asiel H. de (Coord.). **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

BEAUMONT, Paul. The Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity. In: **International Family Law in Europe**. Alemanha: Mohr Siebeck, 2009. p. 510-543.

BIX, Brian H. Agreements in American Family Law. **International Journal of the Jurisprudence of the Family**, v. 4, p.115-131, 2013.

BOLÍVIA. Lei nº 708 de 25 de junho de 2015. **Dispõe sobre a conciliação e a arbitragem**. Disponível em: <<http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N708.xhtml>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

BONN, Mayara A. Relato da implantação de um núcleo de Mediação Familiar em Frederico Westphalen. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 7, n. 2, p. 232-247, 2012.

BORTOLAI, Luís H. Mudanças de Paradigma nas Ações de Família Frente à Redação do Novo Código de Processo Civil: Da citação à mediação e a importância da linguagem jurídica na busca pela resolução saudável dos conflitos. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 15, n. 2, p. 327-351, jul./dez. 2015.

BOTTINI, Lucia M. O trabalho da mulher nas fábricas durante a Revolução Industrial, na Inglaterra de 1780 a 1850. **Produções Didático-Pedagógicas**, Paraná, v. 2, p. 6-11, 2013.

BRASIL, Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 25 de maio de 2017.

BRASIL. Cartilha do Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação**. 2016. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd6fec54.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 10 de 1958. **Aprova a Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-10-13-novembro-1958-368590-publicacaooriginal-1-pl.html?override=1>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 146 de 9 de dezembro de 2016. **Aprova, nas condições que especifica, o texto da Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, bem como o do Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, concluídos na Haia, em 23 de novembro de 2007**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=251042&override=1>>. Acesso em 9 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. **Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em 9 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 7 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 9 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 10 de junho de 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 434 de 2013. **Dispõe sobre a mediação**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=138762&c=PDF&tp=1>>. Acesso em 8 de junho de 2017.

BRASIL. Senado Federal (Comissão de Constituição e Justiça). **Parecer nº 1 de 2014**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=144167&tp=1>>. Acesso em 9 de junho de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Apelação Cível nº 00060309620134036104-SP**. Apelante: Pierluigi Turchetti. Apelada: Juliana Fernandes Alvares Turchetti. Relator: Desembargador Federal Hélio Nogueira. São Paulo. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317251868/apelacao-civel-ac-60309620134036104-sp-0006030-9620134036104/inteiro-teor-317252135>>. Acesso em 09 de junho 2017.

CAMUS, Paula C. La experiencia de la mediación familiar en Chile. Elementos para una política pública futura. **Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política**, v. 5, n. 2, p. 111-138, 2014.

CHRYSTÊLLO, Andreia A. C. dos S. **Os Menores e a Mediação Familiar**. 2013. 93 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Processuais) - Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.

CIUCA, Anca E. et al. **Best practice guide on the use of mediation in cross-border cases**. Budapeste: European Union Specific Programme, 2013. ("Civil Justice 2010").

COLÔMBIA. Decreto 1.400 de 6 de agosto de 1970. **Dispõe sobre o Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6923>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

COLÔMBIA. Decreto nº 1.818 de 7 de setembro de 1998. **Dispõe sobre a expedição do Estatuto dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6668>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

COLÔMBIA. Lei nº 23 de 21 de março de 1991. **Refere-se ao meio pelo qual se criam mecanismos para descongestionar os Despachos Judiciais**. Disponível em:

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6546>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

COLÔMBIA. Lei nº 640 de 5 de janeiro de 2001. **Modifica as normas relativas à conciliação e dita demais disposições.** Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6059>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

CONFERÊNCIA DA HAIA. **Guia de Boas Práticas nos termos da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – Mediação.** 2012. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/mediation_pt.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2017.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação n.º R (98) 1 do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre a Mediação Familiar.** 1998. Disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo38.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Posição comum adoptada pelo Conselho tendo em vista a aprovação da directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.** 2008. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/commonpositions/2008/pdf/c6-0132-08_pt.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2017.

CONVENÇÃO da Haia de 19 de outubro de 1996. **Relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças.** Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70>>. Acesso em 30 de maio de 2017.

CONVENÇÃO da Haia de 19 de outubro de 2007. **Dispõe sobre a cobrança internacional de Alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família.** Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70>>. Acesso em 15 de maio de 2017.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALVES, Rafael de Almeida; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.** Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 72.

DINIZ, Maria H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil.** 29ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, 594 p.

DOCUMENTO preliminar nº 5. **Report of the Expert's Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agréments in family matters involving children.** 2015.

Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/e4ee1bfd-27ab-4e0a-9ab2-9b784db5534a.pdf>>. Acesso em 9 de junho de 2017

DOCUMENTO preliminar nº 5. **Report on the expert's group meeting on cross-border reconition and enforcement of agreements in international child disputes and recommendation for further work. 2014.** Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/349d8ac3-5115-4ddd-98cb-1c13700c227f.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2017.

DOLLINGER, Jacob. **A Família no Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, Vol. 1: A Criança no Direito Internacional Privado. 550 p.

DOLLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado:** Parte Geral. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, 567 p.

EQUADOR. **Ley de Arbitrage e Mediación.** 1997. Disponível em: <http://www.revistalatrampa.com.ar/contenidos/elarchivo/Ley_arb_med_ecuador.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2017.

ESMAPE (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco). **Transação:** Resolução de Conflito sem Processo Judicial. Recife: Programa de aperfeiçoamento dos Magistrados do estado de Pernambuco, 2009, 20 p. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/88944/92981/2009-9-29-12-39Transa%C3%A7%C3%A3o++Resolu%C3%A7%C3%A3o+de+Conflito+sem+Processo+Judicial.pdf/2bd9acf7-5988-40ed-b0a7-42c23fca8c26>>. Acesso em 9 de junho de 2017.

FONTANELLA, Patrícia. Alimentos pós-divórcio. In: HIRONAKA, Giselda M. F.; SIMÃO, José F.; TARTUCE, Flávio. **Direito de Família e Sucessões:** Temas Atuais. São Paulo: Método, 2009. p. 439-452.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil 1 Esquematizado:** Parte Geral, Obrigações, Contratos. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, 849 p.

LOPES, Inez. **Os meios alternativos de disputas na cobrança internacional de alimentos.** [S.I.: s.n.], 12 p.

MARTINS, Gabriela F. Direitos Indisponíveis que admitem transação: Breves considerações sobre a Lei nº 13.140/2015, **Caderno Virtual IDP**, Brasília, n. 33, v. 1, p. 25, 2016. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/1198/718>>. Acesso em 8 de jun. de 2017.

MASCARENHAS, Fabiana A. Mediação familiar: Por uma nova cultura de pacificação social. **Lex Humana.** v. 3, n. 2, p. 20-38, 2011.

MATURANA, Márcio. **Guerra contra o 'juridiquês' pode levar a mudanças em projetos de lei.** 2012. Agência Senado. Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/06/27/guerra-contra-o-2018juridiques2019-pode-levar-a-mudancas-em-projetos-de-lei?override=1>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

MORAIS, José L. B. de; SPENGLER, Fabiana M. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora Ltda., 2012. 313 p.

NEGI, Vikrant S. Cultural Challenges in Cross Border Mediation. **Law and Technology Resources for Legal Professionals**, 2007.

OLTRAMARI, Fernanda; SELONK, Rafael. Síndrome da Alienação Parental e a Mediação como caminho possível. **Perspectiva**, Erechim, v. 38, n. 142, p. 7-16, jun./2014.

ONU. Observação Geral nº 12 de 2009. **Dispõe sobre o direito da criança a ser escutada**. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc>. Acesso em 24 de junho de 2017

PARAGUAI. Lei nº 1.879 de 24 de abril de 2002. **Dispõe sobre a arbitragem e a mediação**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Paraguay-Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

PAUL, Christoph C.; WALKER, Jamie. Family Mediation in International Child Custody Conflicts: The Role of Consulting Attorneys. **American Journal of Family Law**, v. 22, n. 1, p. 42-45, 2008.

PEREIRA, Vânia R. da S. **Princípios, práticas e métodos da Mediação Familiar**. 2011. 95 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia/Organizações e Trabalho) - Universidade do Minho, Portugal.

PERU. Decreto Legislativo nº 1.070 de 2008. **Modifica a Lei nº 26.872 sobre Conciliação**. Disponível em: <<http://portales.susalud.gob.pe/documents/11450/135518/1070/a63479e3-5e40-4653-af44-4b8649d4f6a3>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

PERU. Lei nº 26.872 de 12 de novembro de 1997. **Dispõe sobre a Conciliação e o Regulamento da Lei de Conciliação**. Disponível em: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/4098/per_ley26872.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 de maio de 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 81, 2010.

PITMAN, Elizabeth. Children in The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, v. 17, p. 515-544, 2009.

POÇAS, Isabel. A participação das Crianças na Mediação Familiar. **Revista da Ordem dos Advogados**, Portugal, Ano 73, p. 813-862, 2013.

PORTUGAL. Lei nº 61 de 31 de outubro de 2008. **Altera o regime jurídico do divórcio**. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/lei-n-61-2008-de-31-de>> . Acesso em 26 de maio de 2017.

QUESTIONÁRIO da Convenção da Haia. **Cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children**. 2015. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/e10412aa-e638-444c-a697-7883f78bb2c0.pdf>>. Acesso em 9 de junho de 2017.

REINO UNIDO. **Maintenance Orders Act. 1920**. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1920/act/33/enacted/en/print.html>>. Acesso em 22 de junho de 2017.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 469 p.

ROBERTS, Simon. Mediation in Family Disputes. **The Modern Law Review**, v. 46, n. 5, p. 537-557, 1983.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça. **Del Rey**, Belo Horizonte, p. 132, 2007.

RUBAJA, Nieve. El reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos como vía para asegurar los derechos de los niños en situaciones familiares internacionales. **Revista de Derecho de Familia**, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Buenos Aires, nº 76, p. 207-222, set./2016.

SANTOS, Débora F. M. **Do recurso à mediação familiar na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio**. 2016. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário) - Universidade do Minho, Portugal.

SILVEIRA, Patrícia V. F. Da. Visita ao Centro de Mediação de Pedras Brancas, nos arredores de Montevidéu. **Fórum de Cortes Supremas do Mercosul**, Brasília, p. 12-14, set./2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Patricia_20112.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2017.

SOUSA, Celina C. C. **A eficácia da Mediação no contexto das Responsabilidades Parentais**. 2015. 140 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões) - Universidade do Minho, Portugal.

SOUSA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos e o novo código de processo civil. In: BEDIN, Gilmar Antonio; SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). **Acesso à justiça, direitos humanos & mediação**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 191-192.

TEIXEIRA, Cíntia M. As Mulheres no Mundo do Trabalho: Ação das Mulheres, no Setor Fabril, para a Ocupação e Democratização dos Espaços Público e Privado. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 25, n. 2, p. 237-244, abr./jun. 2008.

THEBAUD, F. História das mulheres no Ocidente. **Edições Afrontamento**, Porto Alegre, p. 46, 1991.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Roma de 1957. **Constitui a União Europeia**. Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ce32120061229pt00010331.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em 23 de junho de 2017.

URIARTE, Enrique M. Mediación y Proceso de Familia. *Revista de la Facultad de Derecho, Uruguay*, n. 12, p. 97-110, 1997.

URUGUAI. Lei 18.308 de 30 de junho de 2008. **Dispõe sobre o ordenamento territorial e o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7622997.htm>>. Acesso em 23 de maio de 2017.

VENEZUELA. **Ley sobre procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes**. 2008. Disponível em: <<http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/29.-Ley-Sobre-Procedimientos-Especiales-en-Materia-de-Protecci%C3%B3n-Familiar-de-Ni%C3%B1os-Ni%C3%B1as-y-Adolescentes.pdf>>. Acesso em 24 de maio de 2017.

VENEZUELA. **Reglamento general del centro de arbitraje de la camara de Caracas**. 2004. Disponível em: <<http://arbitrajeccc.org/arbitraje/wp-content/uploads/2014/07/RGCACC-2005.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

VENOSA, Silvio S. de. **Direito Civil**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6: Direito de Família.

VILLALUENGA, Leticia G. La mediación familiar: una aproximación normativa. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.**, México, n. 20, p. 78-96, 2007.

WALKER, Lara. **Maintenance and Child Support in Private International Law**. Oregon: Hart Publishing, 2015. 353 p.

WROCLAW Declaration. **Mediation of Bi-national Disputes over Parents' and Children's Issues**. 2007. Disponível em: <<http://missingchildreneurope.eu/Portals/1/wroclaw-declaration.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

YIDENG, Liu. O conceito de residência habitual no Direito Internacional Privado. **Perspectivas do Direito**, n. 11, p.185-200, 2002.