



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO FAMILIAR E MEDIAÇÃO NA ADVOCACIA FAMILIAR: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

DORA ROCHA AWAD¹
LUCIANA VALVERDE GRINBERG²
MÔNICA RIBEIRO DE ANDRADE GAMA³

RESUMO

Os métodos dialógicos de administração de conflitos crescem em nosso país, colocando o litígio judicial não mais como primeira opção. Isto exige uma mudança de cultura social e uma mudança paradigmática que devem começar por entender o conflito como um fenômeno natural e necessário para evolução dos seres humanos. A família, bem como os conflitos que hoje nela se apresentam, passam por grandes transformações. A cooperação e a colaboração, na solução dos conflitos, devem ser os novos caminhos, e não mais a adversariedade. Os participantes devem ser os protagonistas na solução dos seus conflitos e a mediação, como método autocompositivo, é uma excelente via neste novo cenário. A forte emoção, normalmente presente nos conflitos familiares, traz a necessidade de novos perfis de profissionais, a exemplo do mediador familiar. Ao mediador cabe o papel de equilibrar as partes e extrair seus interesses, para que as posições possam dar lugar a uma solução de benefício mútuo e duradoura. É de suma importância o advogado, ao lado do mediador e, para que o primeiro desempenhe sua importante função, é preciso uma ampliação da sua visão e reconstrução de seu papel.

Palavras-chave: mediação; conflitos familiares; mediador familiar; advocacia familiar; diálogo.

ABSTRACT

Dialogic methods of conflict management are growing in our country, putting litigation no longer as the first option. This requires a change in social culture and a paradigmatic change that must start by understanding conflict as a natural phenomenon and necessary for the evolution of human beings. The family, as well as the conflicts that it presents today, undergo great transformations. Cooperation and

¹ Graduada em Direito pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP). Graduada em Letras pela Universidade de São Paulo (USP). Mediadora na Câmara do CRP, CAMITAL e CAM-CCBC. Julgadora em competições nacionais e internacionais de mediação (MOOTs). Mediadora certificada pelo ICFML. Sócia na Awad Gestão de Conflitos.

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Sócia da Huck Otranto Camargo Advogados, na área de Família e Sucessões. Membro da Comissão Especial da Advocacia na Mediação e na Conciliação da OAB/SP.

³ Graduada pelo Largo São Francisco, pós-graduada em Direito de Família e Mediação de Conflitos e Bacharel em psicologia pela USP. Presidente da Comissão de Práticas Colaborativas da OAB/SP e Diretora da Comissão de Mediação e Práticas Colaborativas do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

collaboration, in the solution of conflicts, must be the new paths, and no longer adversity. Participants must be protagonists in resolving their conflicts and mediation, as a self-composting method, is an excellent way in this new scenario. The strong emotion, usually present in family conflicts, brings the need for new professional profiles, like the family mediator. The mediator has the role of balancing the parties and extracting their interests so that the positions can give rise to a solution of mutual benefit and lasting. It is of paramount importance the lawyer, alongside the mediator and, for the first to perform its important function, it is necessary to broaden its vision and the reconstruction of its role.

Key words: mediation; family conflicts; family mediator; family advocacy; dialogue.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. AS GRANDES MUDANÇAS ATUAIS; 3. A CULTURA DO LITÍGIO NO BRASIL; 4. O CONFLITO VISTO FORMA POSITIVA; 5. PARADIGMAS SOBRE CONFLITO; 6. AMPLIAÇÃO DA VISÃO DO ADVOGADO; 7. MUDANÇA PARADIGMÁTICA - A RECONSTRUÇÃO DO PAPEL DO ADVOGADO; 8. COMO SE FAZ ESTA RECONSTRUÇÃO?; 9. A MEDIAÇÃO E O PAPEL FUNDAMENTAL DO ADVOGADO; 10. A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO; 11. O PAPEL DO ADVOGADO E DICAS PARA SUA ATUAÇÃO NA MEDIAÇÃO; 12. FUNÇÕES E PAPEL DO MEDIADOR FAMILIAR; 13. TRABALHO EM PARCERIA COM ADVOGADOS; 14. ESCUTA E ESPAÇO PARA AS QUESTÕES SUBJETIVAS; 15. QUALIDADES ESSENCIAIS DO MEDIADOR FAMILIAR; 16. CASOS APLICÁVEIS; 17. CONCLUSÕES.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos muito se tem falado sobre diversos métodos de solução de controvérsias, dentre eles a mediação de conflitos. No âmbito do direito de família, no que diz respeito ao divórcio, partilha de bens e parentalidade, a mediação tem sido um método eficaz para não só evitar demandas judiciais, como para encerrá-las, tendo a potencialidade de colocar fim ao conflito em si, além de preservar relações, que na maioria das vezes são continuadas.

A advocacia familiar tradicional - aquela exercida por meio do Poder Judiciário - tem avançado paralelamente às mudanças legislativas. Nada transformou-se tanto nas últimas décadas como as famílias, havendo intensa procura pela solução dos conflitos, tanto perante o Poder Judiciário quanto aos demais métodos de solução de controvérsias. A verdade é que os conflitos familiares são muitas vezes multidisciplinares, de modo que a abordagem jurídica fica limitada, não sendo suficiente para solucionar, ou melhor, encaminhar o acordo como um todo. Assim, a mediação no direito de família, ao cuidar dos aspectos subjetivos e objetivos das demandas, tem possibilitado o alcance de solução, pois os acordos são meticulosamente construídos pelos diretamente envolvidos no conflito, com a



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

assistência de mediador qualificado e, do advogado, fundamental em todo o processo de mediação.

Neste artigo, pretende-se demonstrar que a mediação é um método eficiente de resolução de conflitos no Brasil e que o advogado, capacitado para este fim, tem papel fundamental para a condução de todo o processo de forma colaborativa, para atingir o objetivo de satisfazer os interesses das partes.

2. AS GRANDES MUDANÇAS ATUAIS

Advogar no direito de família sempre foi um trabalho desafiador, pois, além das questões patrimoniais que envolvem um divórcio, um inventário e demais conflitos ou demandas que envolvem as famílias, as questões emocionais relacionadas ao assunto são complexas e, na maior parte das vezes, profundas.

Também não se pode negar a crise de saturação vivida atualmente pelo Poder Judiciário. Apesar das altas cargas de demanda e do crescente número de ações ajuizadas todos os anos, é pequena a parcela da população que realmente encontra a tutela adequada de seus direitos.

Assim, a despeito de o cidadão acreditar que o Estado tem o dever de resolver suas controvérsias, a realidade traz contornos diversos, em que o Poder Judiciário, infelizmente, não consegue dar vazão aos milhares de processos existentes, seja por fatores sociais, econômicos, estruturais, ou até pela sua própria limitação conjuntural. Resultado disso é que as decisões judiciais, muitas vezes, não atendem aos anseios das partes, mas ao contrário, impõe soluções por meio de terceiro que não pertence ao conflito.

Importante colocar, outrossim, que um litígio judicial é economicamente custoso e moroso, devido aos próprios limites estruturais impostos pelo judiciário, levando-se, ainda, em conta o fator do custo emocional envolvido, que pode vir a destruir as pessoas e toda uma família.

Isso se explica pelo fato de as relações familiares, por sua própria natureza sui generis, não envolverem somente aspectos patrimoniais, mas também e, principalmente, na maior parte dos casos, aspectos subjetivos de alta complexidade intrínseca. A mediação de conflitos, nesse contexto, é muito adequada para resolução dos conflitos familiares.



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

Conforme dito por Fernanda Tartuce⁴, as entidades familiares, anteriormente, eram centradas nas relações de poder e dominação, culminando em um modelo hierarquizado, em que o homem desempenhava o papel dominante no núcleo familiar, exercendo o poder marital com relação à mulher e o pátrio poder com relação aos filhos.

Não obstante, a partir de um dado momento, principalmente em razão das transformações no meio social, o afeto e o cuidado passaram a ser considerados como cernes desses vínculos familiares, ao que não se pode olvidar de tais elementos também quando da análise dos litígios que emanam dessas relações.

Tais mudanças culturais, contudo, trouxeram grandes transformações à nossa sociedade, não acompanhadas pela nossa legislação, trazendo, por óbvio, consequências importantes para aplicação das leis pelos nossos operadores de direito em geral, principalmente de complexidade maior no ponto de vista emocional e psíquico.

Aos julgadores e pareceristas do nosso judiciário cabe a árdua tarefa de aplicar a lei em um cenário diferenciado, sempre buscando ter uma visão adaptada ao caso concreto, o que exige atenção e tempo, fatores estes cada vez mais escassos no âmbito judicial.

3. A CULTURA DO LITÍGIO NO BRASIL

A despeito de todas as colocações feitas acima em relação ao Poder Judiciário brasileiro, a cultura do nosso país, infelizmente, ainda é demasiadamente calcada no litígio judicializado, constituindo, via de regra, a primeira opção para tentativa de solução de conflitos ou, até mesmo, para colocar fim a uma situação jurídica que necessita ser regulada. A verdade é que o cidadão possui essa característica arraigada em si, acreditando que só o Estado tem a tarefa e o poder de resolver conflitos.

Atrelada a esse comportamento, a formação acadêmica dos advogados ainda tem grande enfoque nas disciplinas voltadas para solução contenciosa dos conflitos. Pouco se fala em disciplinas voltadas para pacificação de conflitos, ou mesmo negociação, realidade esta, que, aos poucos, felizmente, vem se alterando.

Tal visão, vinda da própria universidade, contamina o cidadão e,

⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 356.



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

eventualmente, até os próprios operadores de direito que, muitas vezes, acreditam que a sentença tende a ser o meio mais eficiente de solucionar as controvérsias surgidas entre as partes, perpetuando a cultura da terceirização da decisão do conflito.

Como dito por Kazuo Watanabe⁵, no Brasil, o grande obstáculo à utilização mais intensa da mediação e de outros meios alternativos de resolução de conflitos se encontra na formação acadêmica dos operadores de direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses.

Tendo-se em conta esta realidade, tal situação não poderia ser diferente, pois, diferentemente da mediação, o processo judicial é um método adversarial, heterocompositivo⁶, por meio do qual um terceiro – a saber, o Estado-juiz – que impõe a solução do conflito de interesses. É preciso lembrar que tal juiz, por mais preparado que seja, não conhece a família envolvida no litígio, suas características, necessidades e angústias.

Dentro desta cultura o conflito acaba sendo encarado como algo negativo que precisa ser solucionado por meio de uma decisão de terceiro que lhe ponha fim, cultura essa que precisa ser alterada, de modo que o conflito possa ser encarado de forma natural. A experiência profissional mostra que colocar fim à demanda judicial nas questões de família, não significa, necessariamente, colocar fim ao conflito.

4. O CONFLITO VISTO FORMA POSITIVA

A própria palavra “conflito” no direito acaba sendo sinônimo de competição, que inevitavelmente nos remete à noção e à sensação de que necessariamente uma parte perde e a outra ganha.

Tanto a parte quanto o profissional do direito precisam encarar o conflito como um fenômeno natural, que acontece e é necessário para a evolução do ser humano e das suas relações, além de ser uma excelente oportunidade para o crescimento pessoal. O que se busca é um olhar diferente para o futuro à procura de soluções de benefícios mútuos e simultâneos para os envolvidos.

⁵ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução da Prestação Jurisdicional. Guia Prático para a Instalação do Setor de Conciliação e Mediação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6.

⁶ MARTINS, Soveral. *Processo e direito processual: processos heterocompositivos*. Coimbra: Centelha, 1986. v. 2.



Com isso, a forma positiva de encarar o conflito é uma grande oportunidade para que se possa evoluir não só pessoal como profissionalmente.

Há que se considerar que no âmbito do direito de família, os conflitos e as disputas, como já colocado, na maior parte das vezes, não se baseiam somente nos aspectos legais, mas também nas consequências psicológicas e sociais que seus desfechos trarão para a nova realidade das partes. Portanto, não se resume apenas à análise e ao “fazer valer” das posições de cada um, mas, sobretudo, aos interesses que circunscreve a questão em si. Atender os interesses e cuidar dos aspectos objetivos e subjetivos é o grande desafio dos profissionais que atendem famílias, e judicialmente, não há essa abrangência.

5. PARADIGMAS SOBRE CONFLITO

Em se tratando do direito contencioso, há uma série de paradigmas e de formas distorcidas de encarar todos os envolvidos no conflito, pois: (i) as partes são tidas como adversárias (uma parte se posiciona contra a outra); (ii) a solução do conflito deve ser fornecida por terceiros, como no caso do juiz ou do árbitro, atribuindo a esse terceiro a responsabilidade de tomar a decisão que ambas as partes terão que cumprir; (iii) os conflitos devem ser resolvidos somente de acordo com a lei e o direito em si; (iv) o bom advogado é aquele que litiga de forma combativa, e muitas vezes até ríspida e agressiva, trazendo, em seus argumentos, a ideia de que o seu cliente é a parte certa e, conseqüentemente, de que a parte contrária está equivocada; e (v) apenas existe o certo ou o errado. Esse modo binário de funcionar já não atende a complexidade das famílias.

Frente a essas perspectivas, a cultura brasileira e principalmente a do advogado brasileiro, acabam formando um evidente obstáculo para a difusão e a implementação dos métodos adequados de solução de conflitos, como é o caso da mediação.

6. AMPLIAÇÃO DA VISÃO DO ADVOGADO

Considerando as colocações dos dois últimos itens, temos que os conflitos necessitam de um novo olhar e que aos operadores do direito, que lidam com as questões familiares, cabe grande responsabilidade no momento em que tomam contato com as histórias das partes.

A ideia é que estes advogados possam ampliar sua visão de maneira a



assessorar seu cliente para que, em conjunto com ele, possam buscar a melhor solução para o problema que está ali colocado.

Ao tomar contato com a realidade do cliente, cabe ao advogado entender a necessidade daquele e apresentar-lhe as diversas opções para resolver seu problema.

Porém, neste momento, é preciso cuidado! Não é incomum que os advogados, ao se depararem com os problemas jurídicos trazidos nos conflitos das partes, os quais vêm acompanhados e carregados de emoções, muitas vezes, acabem por se apoderar de assuntos que esbarram na área psicológica da questão trazida. Essa investidura consiste em um grande equívoco do profissional que passar a fornecer suporte psicológico ao seu cliente, desviando-se do papel enquanto operador do direito, pelo qual foi efetivamente contratado.

Com efeito, o advogado deve dar suporte jurídico ao seu cliente, para além do acolhimento que a profissão exige, mas jamais deve intervir e/ou atuar como um psicólogo, pois ele não o é e nem está preparado para isso.

É justamente nesse momento que o advogado de família pode – e deve – fornecer ao cliente o maior leque possível de opções de métodos para solução do conflito que vão além do Poder Judiciário. Leque esse formado pelas denominadas ADRs - alternative dispute resolution.

Para tanto, o advogado deve conhecer as diversas modalidades, especialmente os métodos autocompositivos como a mediação.

7. MUDANÇA PARADIGMÁTICA - A RECONSTRUÇÃO DO PAPEL DO ADVOGADO

Ao advogado cabe, portanto, promover uma mudança paradigmática em seu papel, entendendo que ele não mais funcionará somente como representante do cliente, mas principalmente como seu assessor, assessorando-o desde a escolha do método mais adequado para solução de seu conflito, durante todo o processo, de modo que ele possa ajudá-lo a ser o verdadeiro protagonista da resolução do conflito, pois só a ele cabe, ainda que com a ajuda de profissionais, a melhor solução para seus problemas.

O protagonismo das partes deve não só ser respeitado, como, na realidade, buscado e incentivado. Nesse conceito moderno de advocacia, o advogado não fala pelo cliente, mas com ele de modo complementar.



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

Abrir mão do “saber jurídico” de que aquela demanda é uma “causa ganha”, ou mesmo de que a “jurisprudência majoritária” está a favor de seu cliente, não é uma tarefa fácil, mas necessária para que as partes possam se empoderar no sentido da busca de uma solução para os conflitos que pertencem a elas próprias.

É, de fato, uma desconstrução e uma reconstrução do papel dos advogados.

8. COMO SE FAZ ESTA RECONSTRUÇÃO?

Em âmbito internacional, a Harvard Law School, através de seu professor Frank E. A. Sander, trouxe o conceito de Multi-door Courthouse, o qual se propõe a oferecer o método mais adequado para solução de um determinado conflito, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Tal conceito acabou por ser incorporado, parcialmente, à legislação processual brasileira, e vem sendo, aos poucos, estudado, pelos acadêmicos e operadores do direito, ganhando corpo em diferentes áreas de atuação e instituições diversas.

A própria Ordem dos Advogados do Brasil, em seu Código de Ética, prevê o dever do advogado de estimular a adoção de métodos consensuais, como a mediação, conciliação, entre outros, colocando o litígio não mais como a primeira opção.⁷

A prática consensual e colaborativa por parte dos operadores do direito vem crescendo e abrindo espaço em um mercado cada vez maior para esta nova perspectiva.

Resta aos operadores de direito se prepararem para esta nova realidade que se apresenta, além de conscientizar seu cliente, dentro da apresentação das diferentes metodologias de soluções de conflitos como a mediação, por exemplo, uma realidade cada vez mais necessária no mundo atual. O que o próprio David Hoffman chama de "advogado pacificador".

9. A MEDIAÇÃO E O PAPEL FUNDAMENTAL DO ADVOGADO

Ninguém melhor que as próprias partes para lidarem com as questões que envolvem o conflito, além de analisarem e compreenderem o interesse das ações e decisões que tomam.

⁷ FUOCO, Patrícia Freitas. Temas de Mediação e Arbitragem III Editora Lex. São Paulo / SP P. 210 segs...



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

É precisamente nesse momento que a mediação é um método que oferece aos indivíduos a oportunidade de serem protagonistas da solução dos seus conflitos. Na mediação, a parte pode se desprender da culpa, tem espaço para ser criativa e, principalmente, tem a oportunidade de tomar decisões com um olhar para o futuro, assumindo a responsabilidade das propostas para alcançar o acordo dentro de seus próprios limites.

É inconteste que a área do direito de família guarda enorme coerência com a prática da mediação de conflitos. Afinal, é por meio da mediação familiar que as partes vão poder entender que a questão está no conflito entre necessidades, desejos, preocupações e medos de cada lado, possibilitando o encontro de novos caminhos que viabilizem uma boa administração de suas divergências.

Cabe pontuar que os métodos adequados de solução de conflitos não vêm para substituir a prestação jurisdicional estatal, mas para somar e maximizar a resolução de controvérsias. Nas palavras de Ada Pellegrini, tem-se, nesses casos, a figura da chamada justiça conciliativa, que corresponde aos métodos consensuais de solução de conflitos aplicados à justiça, quais sejam: a negociação, a mediação, a conciliação e outros institutos que facilitam o consenso entre as partes, a exemplo da avaliação neutra de terceiro.⁸

Assim, na mediação o mediador é pessoa neutra e imparcial que não opina na forma e muito menos nas questões jurídicas, e justamente por isso a figura do advogado é fundamental nesse processo.

10. A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

No preâmbulo da Constituição Federal de 1988 verifica-se a previsão das práticas autocompositivas na referência à uma sociedade "fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

Seguiu-se à disposição constitucional, como mencionado, o reforço dado pelo novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, trazido com o advento da Resolução nº 2/2015, que alterou o referido diploma legal, em que o Conselho Federal da OAB acentuou ainda mais a obrigação conciliatória do

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BONATO, Giovanni *et al* (coord.). *O Novo Código de Processo Civil: Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p.2.



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

advogado, acrescentando a esse rol também a mediação.

Nesse passo, o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB passou a estabelecer como dever do advogado: “VI – estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

Com efeito, verifica-se no Código de Ética, a menção de que o advogado é contratado para auxiliar o cliente a solucionar o conflito e, por conseguinte, é seu dever encontrar a melhor forma de se alcançar esse objetivo. Para isso, é preciso perceber que a busca pela tutela jurisdicional nem sempre é a melhor opção para poder oferecer aos clientes o alcance da solução do conflito.

Por isso, o advogado precisa ter conhecimento acerca do processo da mediação, já que o eventual desconhecimento, aliado à falta de preparo e à falta de habilidade específica para o assessoramento durante o processo de mediação, limita o primeiro quanto às opções que podem ser oferecidas ao cliente.

Ao profissional que somente souber litigar, não haverá alternativa senão discutir judicialmente as questões conflituosas. O importante é o advogado conhecer e poder oferecer ao cliente um leque variado de opções de conhecimento, permitindo analisar cada questão junto ao cliente, de maneira a mostrar a ele qual a solução mais adequada para assim obter o melhor resultado.

A aceitação da mediação pelos operadores do direito como instrumento hábil de efetividade e de acesso à justiça, condizente com os mais modernos parâmetros de direitos sociais e individuais, traz a possibilidade de um centramento maior no respeito a esses indivíduos e às suas autonomias.

11. O PAPEL DO ADVOGADO E DICAS PARA SUA ATUAÇÃO NA MEDIAÇÃO

O papel do advogado na mediação, como bem assinala John W. Cooley, em sua obra literária⁹ a respeito da advocacia na mediação, considerando que sua principal missão é de ser um “solucionador de problemas”, inicia-se muito antes da presença de um conflito, através de um aconselhamento ao seu cliente acerca das vantagens da mediação e de como seria importante a colocação de uma cláusula contratual em acordos que forem firmar.

Mas, e se a disputa se instala e acaba por ser submetida a mediação?

⁹ COOLEY, John W. – *A Advocacia na mediação* / John W.Cooley; Tradução de René Loncan – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. 334 p.



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

Persiste o papel de agente de solucionador de problemas do operador de direito? A resposta é simples: em outro formato sim, como conselheiro em relação aos aspectos jurídicos da disputa, aconselhando o cliente em relação a uma proposta razoável ou, de fato, merecedora de consideração, assegurando que o acordo reflita seus melhores interesses e de toda sua família, além de ter a certeza de que, no caso de filhos envolvidos, seus primordiais interesses estejam sendo atendidos a curto, médio e longo prazos.

Continua a discorrer Cooley, que a análise da eficácia da advocacia na mediação deve ser examinada considerando alguns aspectos distintos: a preparação do caso para o processo de mediação; a preparação do cliente para o processo de mediação; a advocacia durante o processo de mediação em si – antes, durante e após as sessões.

O processo de mediação, principalmente em se considerando o ambiente de um conflito familiarista, é demasiado delicado e a construção de confiança é o ponto chave para que o clima de negociação e colaboração, tão necessário, se instale.

Seguem algumas dicas para o advogado atuar na mediação:

Primeira dica: O advogado deve conhecer e reconhecer que a mediação é forma eficaz de solução de conflito. Precisa entender o método, conhecer suas etapas, seu mecanismo para poder auxiliar o cliente na condução de todo o procedimento.

Um advogado preparado tende a confiar e incentivar seu cliente a colocar à disposição as preciosas informações e sentimentos envolvidos no conflito, principalmente quando percebe o mesmo preparo do outro profissional envolvido. No caso de despreparo do advogado, é natural que se instaure uma postura defensiva que, em muitos casos, pode ser de difícil reversão ao longo do procedimento. Nas causas de família isto fica ainda mais evidente, já que os “segredos” envolvidos se tornam mais íntimos e delicados de serem compartilhados em público.

A eventual falta de conhecimento, somada a falta de preparo e a falta de habilidade específica, limita o advogado que pode não conseguir prestar um bom serviço ao seu cliente.

Segunda dica: A postura colaborativa do advogado é presença obrigatória na mediação. O advogado tem o dever de ajudar a proteger a ordem jurídica e deve ter a capacidade de buscar a compreensão de todos os aspectos do conflito. Ser colaborativo é diferente de agir de modo bondoso. É ser firme com o problema e



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

gentil com as partes. Ser parceiro do cliente e fazer uma análise completa da situação e conseguir apontar o ganho de todos, ainda mais quando, principalmente no direito de família, as relações são continuadas.

Terceira dica: O advogado deve preparar e assessorar o cliente para se sentir confiante na mediação. É preciso definir estratégias, explicar o procedimento, o papel de todos os envolvidos (advogados, partes, terceiros e mediadores) e principalmente o papel de protagonista que o cliente tem. Esta precisa se sentir seguro e confiante durante todo o procedimento para assumir os acordos que serão feitos ao longo de todo o processo. A transparência deve ser estimulada e a confidencialidade assegurada pelo advogado ao seu cliente como pressupostos básicos para que o ambiente de mediação seja profícuo.

Quarta dica: Cabe ao advogado definir com o cliente como será sua participação no procedimento da mediação. Deve-se acordar se o advogado participará ativamente em todos os atos da mediação ou se ele vai somente prestar uma assessoria paralela. Estando na mesa de mediação, o advogado pode, durante todo o processo, assessorar o cliente especialmente sendo parceiro para alcançar os objetivos e até mesmo fazer com que ele possa ter uma outra percepção da parte e do conflito em si.

Quinta dica: O advogado deve zelar pelas regras e princípios do procedimento. A escolha do mediador é muito importante. É preciso ter um mediador que seja uma pessoa competente, íntegra e capaz. Durante todo o procedimento de mediação, as partes estão tomando decisões importantes que vão impactar suas vidas. O advogado deve estar atento e, se perceber que a outra parte está participando da mediação apenas para obter vantagens sobre a outra, tem o dever de denunciar e até interromper a mediação, se for o caso.

Sexta dica: O advogado deve ajudar o cliente a compreender seu interesse e o da outra parte. Apesar de ser tarefa do mediador apontar as posições das partes e extrair seus efetivos interesses, o advogado deve ajudar o cliente a escutar e compreender os interesses comuns, para facilitar a comunicação. Muitas vezes o acordo pode ser feito justamente porque as partes têm interesses diferentes, mas complementares. A verdade é que esses interesses muitas vezes não são aparentes, pois estão escondidos na posição que se sustenta. Por trás de uma posição aparentemente econômica, física ou social, pode estar oculta a necessidade de pertencimento, de segurança, de afeto, de amor, de estima, auto realização, entre



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

outras. Estes interesses, muito comumente, não estão claros na expressão verbal do cliente ou mesmo na posição jurídica que ele pretende que seja defendida.

Sétima dica: O advogado deve ajudar o cliente a ser criativo e buscar o maior número de opções para solução do conflito. O auxílio na criação de alternativas e opções de soluções deve contar com criatividade do advogado não só na formulação de ideias, como no estímulo e pesquisas para que estas ideias venham a florescer. A criatividade do advogado nesta etapa da mediação é muito importante. É uma oportunidade para demonstrar a todos os participantes que pode haver diversas soluções. Quando alguém se sente livre tem a oportunidade de refletir sobre seus problemas e gerar soluções criativas.

Oitava dica: O advogado deve de zelar pelo princípio da decisão informada. O advogado é o conhecedor dos aspectos legais, direitos envolvidos e os que efetivamente vão ser “deixados de lado”. O cliente tem que ter consciência do que está sendo acordado e comprometer-se, de fato, com o prometido e com o que resultará de um eventual acordo.

Nona dica: O advogado tem o dever de checar se o acordo é juridicamente viável. Mesmo cabendo à parte a avaliação final dos termos acordados ao advogado caberá a análise jurídica do acordo e, sobretudo sua viabilidade e exequibilidade, pois o mediador não analisa as questões técnicas do direito.

Décima dica: O advogado deve cuidar da redação do acordo. Após o encerramento do processo de mediação, o eventual acordo entabulado passa a ser o foco principal do advogado, envolvendo o mediador na redação para se certificar se os termos refletem, de fato, o que foi negociado entre as partes, garantindo o cumprimento e execução, caso seja necessária.

Conclui-se, portanto, que o advogado que pretende atuar na mediação precisa estar sempre atualizado, informado, para poder indicar o melhor método de atuação, para trabalhar com excelência a fim de garantir que seu cliente alcance o melhor resultado para a solução do seu conflito.

12. FUNÇÕES E PAPEL DO MEDIADOR FAMILIAR

O mediador familiar desenvolve um trabalho complementar ao do advogado. Enquanto este aborda, especialmente, os aspectos jurídicos das demandas familiares, o mediador cuida, predominantemente, das questões subjetivas.

O papel do mediador é o de um terceiro neutro e imparcial - ou multi parcial



COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

para alguns - que escuta e acolhe todos os envolvidos sem julgar e sem dar razão a qualquer um deles. O uso do termo “multi parcialidade” surgiu justamente a partir da percepção de que o mediador escuta e acolhe os argumentos e narrativas de todas as partes – sem prevalência de uma sobre a outra – mas de maneira equilibrada e equidistante.

Nesse contexto de imparcialidade, é uma função importante do mediador, garantir o equilíbrio de poder entre os participantes da mediação, que pode estar desequilibrado em razão das questões de gênero, financeiras, de educação formal, dentre outras. Assim, o mediador familiar deve usar ferramentas e conhecimento teórico para, a cada vez que surgir o desequilíbrio, poder intervir de maneira eficiente para restabelecê-lo.

Interessante observar que, em muitos casos, o desequilíbrio de poder não surge durante a mediação, mas é trazido para o ambiente da mediação a partir das relações desiguais já estabelecidas na convivência familiar. Segundo Lisa Parkinson "o poder é uma entidade fluida e não sólida. Podemos observar durante a mediação o deslocamento e a flutuação do poder de uma parte a outra, e de uma sessão a outra. A flutuação do poder é vista na mediação, porque as relações de poder mudam durante a ruptura do casamento e divórcio"¹⁰.

Outra função do mediador familiar é ser o guardião do procedimento de mediação. O mediador precisa garantir que as regras de funcionamento sejam conhecidas e entendidas por todos, além de cuidar do ajuste de expectativas para que o procedimento seja compatível com o que as partes esperam dele. Em alguns casos, as partes trazem expectativas inviáveis para o procedimento proposto e, por esta razão, é necessário ter o cuidado de fazer um "plano de voo" para a mediação, ou seja, a partir da pauta criada conjuntamente com os envolvidos, traçar um plano de mediação a ser seguido (e repensado se necessário).

Também é função do mediador ajustar as expectativas das partes – que às vezes pouco conhecem da mediação e acabam não sendo devidamente instruídas por seus advogados – às possibilidades desse procedimento. Equívoco comum entre leigos é acreditar que o mediador trabalha de modo semelhante a um terapeuta. Como outros procedimentos conversacionais, a mediação pode, eventualmente, ter efeitos terapêuticos, mas não sendo este o seu fim, é preciso que

¹⁰ PARKINSON, Lisa. *Mediação Familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 300



o mediador esclareça e ajuste com as partes o alcance da mediação.

A expectativa de se chegar a um acordo ao final é outro ponto fundamental. O acordo como resultado da mediação é a maior expectativa das famílias que procuram a mediação de conflitos, por isso, o mediador deve esclarecer que o acordo é um dos resultados possíveis, mas há outros benefícios e resultados benéficos como melhoria/restabelecimento da comunicação, esclarecimentos sobre questões conflituosas daquela família, etc.

13. TRABALHO EM PARCERIA COM ADVOGADOS

É imperativo ressaltar que a mediação não é um substituto para aconselhamento jurídico. O aconselhamento jurídico pode ser necessário durante a realização do procedimento de mediação, bem como no final desta, para elaborar acordos juridicamente vinculativos.¹¹

Toda mediação familiar que envolva direito de seus participantes, tem aspectos jurídicos a serem tratados e eventualmente acordados. Desse modo, como colocado acima, a participação do advogado de família é fundamental. Independente da presença do advogado em todas as sessões de mediação - o que varia pelo perfil do advogado e do mediador - o acompanhamento jurídico é essencial pois (i) o mediador não pode orientar juridicamente as partes; (ii) as consequências jurídicas de um eventual acordo devem ser conhecidas pelas partes e esclarecidas pelo advogado e (iii) dependendo dos aspectos envolvidos no conflito/demanda familiar o advogado deve apresentar para o cliente outra opção de resolução como, por exemplo, a negociação direta.

Característica importante da parceria estabelecida entre mediador e advogado de família é a troca de informações e percepções sobre as dificuldades naquela resolução de disputas. Há situações em que a negociação objetiva - por exemplo disputa por parte do patrimônio - não evolui por questões subjetivas não resolvidas - por exemplo valor sentimental de um bem recebido de alguém muito querido. Nessas situações, a participação do advogado e as conversas com o mediador podem esclarecer as razões das partes e permitir que a conversa e os acordos sejam produtivos.

Um aspecto menos conhecido, porém, igualmente fundamental, é a atuação do mediador como facilitador de conversas entre clientes e advogados. Tanto

¹¹ PARKINSON, Lisa. *Mediação Familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 40



clientes como advogados sabem que a comunicação entre eles nem sempre é fluida e clara. Uma pesquisa recente aponta que a falta de clareza, desconforto e falta de transparência são sentidas pelos clientes em conversas com advogados¹². Nesse contexto, o mediador, como parte da parceria estabelecida com o advogado que atua na mediação, é um facilitador de conversas, ou seja, ajuda a esclarecer os pontos trazidos pelo advogado e perceber as dificuldades de compreensão do cliente, atuando para dirimi-las.

14. ESCUTA E ESPAÇO PARA AS QUESTÕES SUBJETIVAS

Como já foi mencionado, o cuidado com as questões subjetivas é o principal valor agregado ao trabalho do advogado pelo mediador familiar. Não faz parte da formação do advogado, e muitas vezes do perfil, a abordagem de sentimentos, necessidades e aspectos não patrimoniais e legais.

Apesar do enfoque unicamente jurídico que, por décadas, foi dado às demandas familiares, hoje é sabido por todos os profissionais com uma visão moderna de resolução de conflitos que os conflitos familiares precisam de uma abordagem multidisciplinar. Assim, a mediação de conflitos amplia o trabalho do advogado ao oferecer escuta e espaço para as questões subjetivas.

Maturana nos fala da indivisibilidade do emocional e do racional – ao contrário do que pensava Descartes – porquanto toda ação humana se dá com base em uma emoção (...) contudo Maturana também afirma que “devemos nos dar conta de nossas emoções e conhecê-las em seu fluir, quando queremos que nossa conduta seja racional, a partir da compreensão do racional”. Esse pensamento está na base teórica de separar o problema das pessoas e, por consequência, criar uma pauta objetiva e outra subjetiva para serem trabalhadas e articuladas na Mediação.¹³

15. QUALIDADES ESSENCIAIS DO MEDIADOR FAMILIAR

Há diferentes modelos teóricos para os mediadores familiares. Também diversos estilos de mediação familiar. Porém, a prática evidencia que algumas características são fundamentais para o mediador profissional.

A primeira característica é a curiosidade pela outra pessoa. Suas histórias,

¹² <https://medium.com/@m.amoriello/a-experi%C3%Aancia-dos-usu%C3%A1rios-de-servi%C3%A7os-advocat%C3%ADcios-uma-pesquisa-bf4e593e090>

¹³ ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014, p. 312



dilemas, dores, tudo isso é trazido para mediação familiar e, muitas vezes, narrado exaustivamente. Querer saber mais e os porquês de cada pessoa é essencial para o mediador familiar entender os conflitos em sua complexidade. Cada história de vida é única. Cada conflito tem características próprias. Assim, o mediador precisa ter uma curiosidade inesgotável para todas as narrativas trazidas.

Outra característica é saber escutar. E escutar, nesse contexto, é diferente de esperar a vez de falar. Significa um ato de generosidade com a narrativa das partes. Para isso, não basta estar atento. É preciso um foco absoluto ao ponto de saber exatamente o ponto em que parou quando quem narra faz uma interrupção ou pausa. Perguntas feitas ao longo das narrativas também fazem parte da escuta com a função de afinar o entendimento do que foi dito - perguntas abertas preferencialmente. A escuta do mediador familiar pressupõe sensibilidade para as questões apresentadas.

John Haynes chama o ato de ouvir atentamente o outro de “terceiro ouvido”, ato pelo qual o mediador não somente escuta o que foi dito, mas também escuta as mensagens não ditas.¹⁴

16. CASOS APLICÁVEIS

Todo conflito familiar pode ser mediado? Em princípio sim, mas depende de alguns fatores ou pré-requisitos.

O primeiro deles é que as partes envolvidas tenham plena capacidade de discernimento e autonomia para tomada de decisão. Na mediação, a construção de soluções é feita pelas pessoas que vivem o conflito e, para isso, a capacidade cognitiva é fundamental. Pessoas com a capacidade diminuída – por alguma deficiência por exemplo - precisam ser analisadas no caso concreto, ou seja, é preciso considerar o quanto há de comprometimento da pessoa na possibilidade de se expressar, ouvir o outro e participar efetivamente na construção de soluções de benefício mútuo.

Um segundo fator é a disponibilidade e abertura para o diálogo – ferramenta básica da mediação. Quem não pode ou não quer ouvir e quem não pode ou não quer falar o que pensa, sente e precisa não deve participar de um procedimento feito via diálogo. Conversar, no contexto da mediação, implica considerar o ponto de vista do outro como possibilidade e pensar junto com a outra parte. É preciso

¹⁴ PARKINSON, Lisa. *Mediação Familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 192



generosidade para isso acontecer.

Dialogue, as I define it, is a conversation with a center, not sides. It is a way of taking the energy of our differences and channeling it toward something that has never created before.¹⁵

17. CONCLUSÃO

A partir de tudo que foi exposto, é possível concluir que tanto advogar na mediação quanto mediar na advocacia, no âmbito familiar, exige conhecimento, habilidades e uma visão moderna do que significa atuar na resolução de conflitos interpessoais.

O sistema multiportas, acima mencionado, permite que o advogado exponha ao cliente uma série de meios de resolução de conflitos, especialmente a mediação. Isso se dá a partir da conclusão de que o Poder Judiciário não é compatível (com a estrutura atual) com a complexidade das questões familiares. Não basta "ganhar a ação" uma vez que nas Varas de Família todos perdem efetivamente.

Nessa seara, tão importante quanto lutar contra a cultura do litígio judicializado é lutar a favor dos meios de resolução de conflitos que usam o diálogo como ferramenta primordial. As pessoas em conflito não precisam concordar, mas precisam se ouvir, e a mediação é a oportunidade, por excelência, para que isso aconteça.

É fundamental ir além do sistema binário e judicial que aceita apenas o certo e errado, sim e não, provado e não provado, concordo e não concordo. Como diz Humberto Mariotti "o automatismo concordo-discordo é uma das manifestações mais poderosas do condicionamento de nossa mente pelo pensamento linear, isto é, pelo modelo mental ou/ou, — a lógica binária do sim/não" e nada menos linear do que as questões apresentadas em demandas familiares. É preciso sair do modo "você está errado" e começar com "me fale mais sobre isso".

Assim, são muitos os desafios para os advogados e mediadores familiares. Apresentar outras opções além da ação judicial, incentivar e usar do diálogo e não o debate, disseminar a cultura da pacificação, reconhecer a complexidade das questões familiares, trabalhar em parceria numa rede multidisciplinar, mudar o modo como as pessoas lidam com os conflitos, estudar exaustivamente cada teoria e

¹⁵ WILLIAM, Isaacs. *Dialogue and the art of thinking together*. New York: Currency, 1999, p. 19



SÃO PAULO

COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO
GESTÃO 2019-2021

ferramenta de trabalho, gostar de pessoas e suas histórias, ser colaborativo e não competitivo, ter consciência dos contornos éticos da profissão, ter empatia, dentre outros. Não basta apenas o saber jurídico ou a psicologia. Não basta a Teoria dos Conflitos nem a da Comunicação.

As estruturas familiares mudaram significativamente nas últimas décadas. Isso exigiu transformações no perfil profissional de quem atua nessa área. É um caminho sem volta. É preciso ampliar o olhar. Trocar as lentes. Se re posicionar. Como disse a personagem Dorothy no filme "O mágico de Oz" - "tenho a impressão de que não estamos mais no Kansas". Não estamos.