

A SOLUÇÃO CONSENSUAL DAS AÇÕES DE FAMÍLIA QUE ENVOLVEM A GUARDA DE FILHO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*

Luciano Zambrota**

Resumo: A partir de pesquisa bibliográfica, o trabalho examina as disposições legais do Código de Processo Civil de 2015, que tratam da solução consensual das controvérsias de família, com o propósito de explicitar o seu funcionamento prático-processual, momento de incidência e quais os meios disponíveis para a resolução pacífica ou negociada das controvérsias e ações de família, em especial aquelas que envolvem a guarda de filho. Após análise da legislação e doutrina pertinente, conclui-se que a legislação processual civil deu um passo importante para enfrentar e resolver em definitivo ou a contento as controvérsias de família, na medida em que estimula uma solução consensual construída pelas próprias partes ou familiares envolvidos, em detrimento da resolução imposta pelo Poder Judiciário, que tende a agradar apenas uma das partes. Assim, permite a conservação do afeto e respeito entre os membros da família, quase sempre atingidos pela disputa judicial antagônica e duradoura, que os afasta e quase nunca pacifica o conflito que deu origem ao litígio.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Solução Consensual das Controvérsias de Família. Conciliação e Mediação.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objeto de estudo a solução consensual das ações de família prevista no Novo Código de Processo Civil, com ênfase para sua aplicação às ações de guarda de filho(s) de que trata o Código Civil em vigor, com o objetivo de descrever como será realizada a solução consensual destas lides de família, a teor da referida lei processual. Para desenvolvimento do tema, o artigo é estruturado em três tópicos fundamentais, sendo o primeiro deles destinado à exposição do conceito, espécies e o procedimento das ações de família previstas no Código de Processo Civil de 2015 - CPC/15; o segundo tópico trata de examinar as disposições legais do Código Civil de 2002 pertinentes às ações de família que envolvem guarda de filho; e o terceiro verifica quais os meios

* Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso de especialização da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo. Orientadora: Profa. Luciana Faiska Nahas, Doutora. Florianópolis, 2018.

** Acadêmico do curso de Especialização em Direito Processo Civil Contemporâneo da Universidade do Sul de Santa Catarina. www.unisul.br

disponíveis na legislação processual civil em vigor para que seja tentada uma solução consensual das ações de família, em especial as que tratam da guarda de filho.

Por meio do método dedutivo, qualitativo, e da técnica de pesquisa bibliográfica em obras ou artigos jurídicos pertinentes ao tema em exame, além da transcrição ou referência aos principais dispositivos legais que regulam a matéria, o estudo procura compreender a operacionalidade prática-processual do paradigma da solução consensual da controvérsia de família, que é a melhor forma de resolução das divergências entre familiares, uma vez que preserva a relação de afeto e respeito entre os envolvidos. Apesar da solução consensual da lide de família não ser obrigatória, conclui-se que a simples previsão legal de empreender todos os esforços neste sentido já contribui para uma tentativa sincera de diminuição de litígios de família, em razão da simplificação ou dinamização dos meios disponíveis para a resolução consensual das controvérsias de família, seja no âmbito extrajudicial ou judicial.

Portanto, a pesquisa em tela colabora para a difusão e explicitação do funcionamento legal da solução consensual da lide familiar, nesse momento de sedimentação e afirmação do Novo Código de Processo Civil, aprovado ainda no ano de 2015.

2 DO PROCEDIMENTO DAS AÇÕES DE FAMÍLIA PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

No título III, do livro I, da parte especial, o Código de Processo Civil de 2015 regula os procedimentos especiais, entre eles, das ações de família, contempladas no capítulo X do referido título. De acordo com Gonçalves (2017, p. 657), “trata-se de ação introduzida pelo atual CPC, pois no anterior não havia um procedimento especial genérico para as ações de família”. Assim, o código atual dedicou 7 (sete) artigos e 5 (cinco) parágrafos para disciplinar o procedimento especial das ações de família, o qual será analisado a seguir, artigo por artigo, para melhor compreensão do seu funcionamento legal e processual.

Por ações de família, o artigo 693, do CPC/2015, define: “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação”. As ações de alimentos ou que versarem sobre interesses de criança ou adolescente, por sua vez, devem observar, em regra, o procedimento previsto na legislação específica, com aplicação subsidiária apenas do que couber, conforme o parágrafo único do artigo 693, do Código de Processo Civil de 2015: “A

ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo”.

Em seguida, o artigo 694, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que as controvérsias de família devem preferir uma solução consensual:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar.

Sem dúvida que tal dispositivo legal-processual constitui a novidade mais relevante do procedimento especial das ações de família, uma vez que obriga os sujeitos da relação processual, em especial o autor e o réu, a empreender todos os esforços para a solução consensual da lide familiar, como forma de assegurar a justa solução da controvérsia, sobretudo quando as partes litigantes possuírem filhos comuns, seja como motivo da demanda ou como pessoas afetadas pelo litígio judicial entre seus pais.

Para Heleno Florindo da Silva e Daury Cesar Fabríz (2017, p. 39), são justamente os filhos que autorizam esse tipo de imposição, pois da necessidade de proteção dos direitos dos filhos decorre o “[...] dever fundamental dos pais que estiverem em litígio entre si, sobre direitos que influenciarão os direitos, direta ou indiretamente, de seus filhos ainda crianças, de buscarem solucionar, de forma consensual e menos agressiva possível, tais demandas”. Por força desse dever fundamental,

[...] as partes terão como obrigação efetuar todos os esforços necessário para a solução consensual do litígio (art. 694, *caput*, do CPC/15), com a possibilidade de se efetuar acompanhamento especializado para esse fim, por especialistas de diversas áreas, tais como, a psicologia e a assistência social, bem como de suspender o processo, para efetuação de tentativa extrajudicial de conciliação ou mediação (Parágrafo único, do art. 694, do CPC/15), ou de fragmentar a audiência em quantas partes forem necessárias para viabilizar a solução consensual (art. 696, do CPC/15). (DA SILVA; FABRIZ, 2017, p. 36).

Na forma da lei, as partes poderão requerer a suspensão do processo para se submeterem à mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar, cujo prazo de suspensão durará até quando estiverem participando efetivamente (ou sem propósito

protelatório) de tais tentativas de solução consensual da lide. Essa iniciativa poderá ocorrer a qualquer tempo da tramitação processual, porém necessita de solicitação comum das partes ou, acaso solicitado por apenas uma delas, que seja aceito pela outra parte litigante, do contrário, o processo não poderá ser suspenso. Para as partes litigantes, a obrigação de participarem de tentativa de solução consensual da controvérsia acontecerá por ocasião da audiência de mediação e conciliação, que deverá ser designada diante do recebimento da petição inicial da ação de família, quando o juiz ordenará a citação do réu para comparecimento ao ato. Nesse sentido, o art. 695, do CPC/2015:

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

§ 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.

§ 3º A citação será feita na pessoa do réu.

§ 4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos.

Com efeito, existem dois momentos dedicados à solução consensual da controvérsia: no momento inicial da lide, quando da realização da audiência de mediação e conciliação, a qual, de acordo com o art. 696, do Código de Processo Civil de 2015, “poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito”, ou posteriormente, durante a tramitação do processo, mediante requerimento das partes, com suspensão do feito enquanto se submetem à mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar.

Para facilitar uma solução consensual da lide familiar, a legislação processual previu que o mandado de citação apenas informará os dados da audiência de mediação e conciliação, sem acompanhamento de cópia da petição inicial. De acordo com Gonçalves (2017, p. 658), “a ideia é que, sem o conhecimento do que consta da inicial, o réu possa comparecer com o espírito desarmado para a audiência, o que poderia facilitar a conciliação”. A referida citação deverá ocorrer com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data da audiência, devendo ser feita na pessoa do réu. Na audiência inicial, se as partes não

conseguirem realizar um acordo ou chegar a uma solução consensual da lide, o art. 697, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que “[...] passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335”.

Ao nosso sentir, a referência ao art. 335, do CPC/2015, diz respeito, tão somente, à delimitação do termo inicial do prazo para oferecimento de contestação, não se aplicando o disposto no inciso II, do referido artigo legal, que permite ao réu protocolar pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação, no prazo de 10 (dez) dias de antecedência, por razão de incompatibilidade normativa, na medida em que o procedimento especial das ações de família, como visto, obriga às partes empreender todos esforços para a solução consensual da lide, de modo que não seria racional ou lógico permitir ao autor ou ao réu formular pedido de desistência da audiência inicial destinada à tentativa de solução consensual da controvérsia de família, em radical contrariedade ao espírito da lei. A propósito, lecionam MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2017, p. 795): “Nas ações de família não se aplica a possibilidade de renúncia prévia à mediação ou à conciliação, de que trata o art. 334, § 5º, CPC. A tentativa de conciliação é sempre necessária, o que é reforçado pela não indicação no mandado de citação da causa do litígio (art. 695, § 1º, CPC)”.

Por fim, consta expresso nos artigos 698 e 699, ambos do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

Após o exame das normas que regulam o procedimento especial das ações de família, previstas no Código de Processo Civil de 2015, faz-se oportuno, em seguida, verificar as normas do direito material que tratam da guarda dos filhos, notadamente aquelas dispostas no Código Civil de 2002, para finalmente examinar em detalhes quais os meios de solução consensual da lide familiar previstos na legislação processual civil em vigor.

3 AS AÇÕES DE FAMÍLIA QUE ENVOLVEM A GUARDA DE FILHO

No Código Civil de 2002 - CC/02, a guarda dos filhos foi concebida, em termos legais, como um dever de ambos os cônjuges, a teor do disposto no art. 1.566, do referido Código, que é o primeiro dispositivo legal a tratar da matéria. Porém, não restam dúvidas que a guarda dos filhos é um dever (e direito) de ambos os pais ou de quem os substituam, independentemente da natureza jurídica da relação ou do sexo dos pais ou responsáveis, haja vista as diversas modalidades de família que existem atualmente na sociedade brasileira, tendo o conceito de família sofrido significativa alteração ao longo das últimas décadas:

Constitucionalmente, segundo o art. 226 da Constituição brasileira, a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado. Isso significa que o conceito de família não ficou definido pela Constituição, mas ficou definido que ela será protegida.

Portanto, família é um *locus* que deve ser protegido, no sentido de garantir aos indivíduos, componentes da família, o desenvolvimento moral, psicológico e de integridade física, sendo-lhe garantida a dignidade humana (art. 1º da CR/1988).

[...]

Quando utilizamos o termo *direito das famílias*, queremos informar que não há apenas uma forma de constituição de família, mas sim várias modalidades.

[...]

Assim, podemos identificar diversas modalidades de famílias e todas gozam de proteção pela Constituição e pela legislação federal. São elas: a) família matrimonial; b) família monoparental; c) união estável; d) família substituta; e) família anaparental; f) família homoafetiva. (SOARES, 2017, p. 54-55).

Em termos doutrinários, José Fernando Simão (2017) ensina “que 'a guarda é simples companhia fática de uma pessoa com relação à outra a qual a lei atribui efeitos jurídicos. Quem tem guarda, tem, faticamente, a companhia do menor e, portanto, tem o dever de cuidar do menor e zelar por sua segurança’”. Enquanto os pais mantêm relação afetiva ou de afinidade, casamento ou união estável, a guarda dos filhos é exercida por ambos ou eventualmente por apenas um deles, sem que seja necessário a intervenção judicial para a sua fixação, pois ela decorre naturalmente da relação de filiação ou de respeitabilidade que há entre os pais. Nas hipóteses de adoção ou de substituição dos pais por terceira(s) pessoa(s), por sua vez, a guarda decorre do aludido ato jurídico, precedido de intermediação do Poder Judiciário competente, apresentando as mesmas características quanto ao seu exercício prático-cotidiano.

Destarte, é diante da dissolução do casamento, da união estável ou em razão da extinção da relação afetiva entre os pais - naturais ou por adoção - que surgem as maiores dificuldades ao exercício da guarda dos filhos, especialmente quando os pais ou responsáveis

divergem acerca de quem deve continuar a exercê-la. Nesses casos, se não for encontrado um consenso entre os envolvidos, será necessário o ajuizamento de ação de família para verificar se a guarda dos filhos deverá ser exercida por ambos os pais (ou responsáveis) ou apenas por um deles, consoante previsão do art. 1.583, do Código Civil, que dispõe: “a guarda será unilateral ou compartilhada”. A respeito das características da guarda unilateral ou compartilhada, os § 1º e § 2º, do art. 1.583, do CC, prescrevem:

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:

Além de regular o direito material, o Código Civil também tratou de assuntos processuais, no tocante às ações de família que tem por objeto a fixação da guarda dos filhos, a exemplo do que disciplina o art. 1.584, incisos I e II, e §§ 1º, 2º e 5º, do CC/02:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

[...]

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

No tocante à proteção dos filhos, a preferência legal é pela guarda compartilhada, pois quando ambos os pais estiverem aptos a exercer o poder familiar e não houver acordo entre eles quanto à guarda do filho, o magistrado deverá aplicar a guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, exceto se um dos pais declarar que não deseja a guarda do

filho. Mas quando ambos desejarem e reunirem iguais condições para o seu exercício, os pais serão obrigados a conviver com a guarda compartilhada, a qual será estabelecida pelo juiz mediante divisão equilibrada do tempo do filho com cada um dos pais, preferencialmente com suporte em orientação técnico-profissional ou equipe interdisciplinar, conforme prescreve o § 3º, do art. 1.584, do Código Civil de 2002:

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Ainda de acordo com a legislação civil, a decisão liminar de fixação de guarda, mesmo que provisória, deve ser proferida preferencialmente após a oitiva em Juízo de ambas as partes, ressalvadas as hipóteses de urgência que exigirem a concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária (art. 1.585, do CC/2002). A legislação civil, ao tratar da proteção dos filhos, conclama aos pais encontrarem um nível mínimo de diálogo em prol do bem estar e saúde mental dos seus filhos, que sofrem emocionalmente com a disputa judicial acerca da sua guarda, moradia e visitação. Em vista dos interesses ou a bem dos filhos, inclusive, o art. 1.586, do Código Civil, autoriza que o juiz poderá regular de maneira diversa a situação deles com os pais: “havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

Em seguida, veja-se os meios previstos no Código de Processo Civil de 2015 para solução consensual das controvérsias que envolvem guarda de filho e como serão aplicadas à relação processual em tela.

4 OS MEIOS DISPONÍVEIS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONTROVÉRSIAS QUE ENVOLVEM GUARDA DE FILHOS

Não há ramo do direito que reclame mais por uma solução consensual das controvérsias que o direito de família, em especial quando os litígios envolvem a guarda de filhos. Nesse sentido, Heleno Florindo da Silva e Daury Cesar Fabríz (2017, p. 37) expõem: “[...] é inegável que uma solução consensual para qualquer litígio, sobretudo aos litígios entre adultos, pais, que envolvam interesses e direitos de crianças, seus filhos, é sempre a opção

mais benéfica, haja vista trazer em suas bases, em seus fundamentos, a autorrealização da pacificação pelas próprias partes”.

De fato, como descreve Denise Damo Comel (2017, p. 118), “[...] o Direito de Família é o mais sensível dos ramos do Direito Civil. Além de conter as normas que protegem a família, como base da sociedade (CF, art. 226, *caput*), regulamenta o estado da pessoa, inclusive antes do nascimento, até a morte”. Por conta disso, as ações de família devem procurar uma solução consensual, pois são incontáveis os benefícios para as partes, em especial para a preservação da saúde psicológica dos envolvidos, sejam eles adultos ou menores. Em atenção a essa necessidade específica do direito de família, o Código de Processo Civil de 2015 almejou fortalecer os meios de solução consensual das controvérsias, por meio da mediação ou da conciliação, que deve ser realizada com auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento (assistentes sociais, psicólogos, etc.).

Com efeito, consta da exposição de motivos do anteprojeto de lei que resultou na aprovação do atual Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015, p. 31):

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criadas e não imposta pelo juiz.

Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação.

De acordo com o art. 695, do CPC/15, após o recebimento da petição inicial o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, quando deverá dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a sua realização, considerando que se tratam de meios distintos de solução consensual de controvérsias:

O que caracteriza a conciliação é a celebração do acordo como forma de liberação da litigiosidade, resultando em consenso orientado pela autonomia da vontade. A mediação utiliza uma terceira pessoa neutra para ensinar os mediandos a despertar seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito, podendo ser uma atividade preventiva, anterior a este. (LÓBO, 2011, pág. 50).

Assim, ao receber a petição inicial, o juiz deverá optar pela designação de audiência de conciliação ou mediação, conforme indicar o caso concreto, ou pela realização de ambas, se julgar adequado ou possível, consoante a literalidade da lei. De qualquer sorte, é deveras salutar que a mediação ou a conciliação estarão disponíveis às partes com o objetivo de propiciar uma solução consensual da controvérsia de família, razão pela qual convém examinar as principais características de cada um desses meios, para melhor compreensão de sua funcionalidade e operacionalidade processual. Desse modo, é importante registrar que a conciliação e a mediação, como meios de solução consensual de controvérsias, são regidas por diversos princípios que lhes dão fundamento e identidade jurídica. Segundo MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2017, p. 440):

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. O art. 2º da Lei 13.140/2015 fala ainda nos princípios da isonomia entre as partes, da busca pelo consenso e da boa-fé. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Atualmente, existem dois principais textos legais que tratam da conciliação e da mediação, quais sejam, a Lei nº 13.140, de 26.06.2015 - que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública - e a Lei nº 13.105, de 16.03.2015 - atual Código de Processo Civil. Neste contexto, passa-se ao exame destes institutos, em tópicos separados - porém complementares, para melhor entendimento da matéria à luz das legislações que regulam a conciliação e a mediação como técnicas de resolução consensual de litígios.

4.1 DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PREVISTAS NO CPC/2015

No Código de Processo Civil de 2015, a conciliação e a mediação são tratadas conjuntamente. Inicialmente, o § 3º, do art. 3º, do CPC/15, dispõe que “a conciliação, a

mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Em seguida, o Código de Processo Civil de 2015 dedicou toda uma seção para os conciliadores e mediadores judiciais, inserida no bojo do capítulo III, do título IV, que regula os atos do juiz e auxiliares de justiça. Por meio de dez artigos, o Código de Processo Civil em vigor previu desde a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, pelos tribunais pátrios, como a implementação de câmaras privadas de conciliação e mediação, as quais serão inscritas em cadastros próprios mantidos pelos Tribunais de Justiça ou pelos Tribunais Regionais Federais. A propósito, veja-se o art. 165 do CPC/2015:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

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

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

De acordo com a redação do § 3º, do dispositivo legal supracitado, a mediação seria mais indicada às ações de família, uma vez que nestes casos, via de regra, haverá vínculo anterior entre as partes, conforme previsto na legislação processual de regência. Além disso, foram definidas outras regras gerais aplicáveis aos conciliadores e mediadores, tanto com relação à sua formação ou atuação no curso da lide. Nesse sentido, o art. 167, e parágrafos, do CPC/2015, expressa:

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o

mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Nos demais artigos, o Código de Processo Civil de 2015 disciplina outras questões relacionadas aos conciliadores e mediadores, a exemplo de que deverão receber remuneração pelo seu trabalho, bem como que poderão ser realizá-lo como trabalho voluntário, a teor do contido no art. 169, §§ 1º e 2º, do aludido código. A legislação processual ainda previu, quanto aos conciliadores e mediadores, hipóteses de impedimento, de impossibilidade temporária do exercício da função, exclusão ou afastamento das suas respectivas atividades por até 180 (cento e oitenta dias), por meio de decisão fundamentada do juiz do processo ou juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, a depender do caso concreto. Por fim, o art. 175, do CPC/2015, faculta a adoção de “[...] outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específicas”.

4.2 A MEDIAÇÃO PREVISTA NA LEI Nº 13.140, DE 26.06.2015

A Lei nº 13.140, de 26.06.2015, que também trata da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, conceitua mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”

(parágrafo único, art. 1º, do citado diploma legal). Os artigos 9º e 11 da Lei nº 13.140/15, por sua vez, distinguem os mediadores extrajudiciais e judiciais. O primeiro dispositivo legal citado, define que “poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”. Já o art. 11 da citada lei prevê que:

Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Somente com o passar dos anos é que será possível avaliar com maior precisão os impactos da mediação na resolução de controvérsias na sociedade brasileira. Por ora, constata-se que as recentes alterações legais para facilitação da mediação representam avanço significativo para reduzir os conflitos no seio da sociedade ou família, como opção à via judicial, em regra morosa e marcada pelo acirramento do conflito entre as partes, sendo comum o encerramento do litígio, porém sem a resolução efetiva ou definitiva da controvérsia que o inaugurou. A pacificação dos contendentes pela decisão judicial é algo raro de ocorrer, no que a mediação se destaca por propiciar ou buscar um solução consensual ou menos prejudicial às partes envolvidas.

No âmbito da mediação extrajudicial, o art. 21, da Lei nº 13140/15, prevê que “o convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião”. Como se vê, a legislação desburocratizou um procedimento formal e anterior ao processo judicial em que as partes envolvidas ou interessadas poderão negociar uma solução para suas contendas, de modo cooperativo e não exclusivamente judicial. Se, por outro lado, desejarem a mediação judicial, por entenderem que seria mais propício a uma solução consensual, não há óbices instranponíveis na legislação civil-processual para inauguração desse procedimento, o qual deverá ser concluído no prazo de até sessenta dias, contados da primeira sessão de mediação, com possibilidade de prorrogação se houver comum acordo entre as partes, consoante disposto no art. 28 da Lei nº 13.140/15.

4.3 OUTROS MEIOS OU FORMAS NÃO ESPECIFICADAS

Por derradeiro, consigne-se que além da conciliação e da mediação, o Código de Processo Civil de 2015 estimula a criação e adoção de outros métodos de solução consensual de conflitos. Nesse diapasão, consta expresso no § 3º, do art. 3º, do CPC/15: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público [...]”. Também a Lei nº 13.140/15, por seu art. 42, contempla da sua aplicabilidade “[...] às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais [...]”. Portanto, para a resolução da controvérsia de família, não há ressalvas no ordenamento jurídico quanto à utilização de outros meios ou formas de solução consensual de conflitos, desde que sempre respeitada a liberdade dos envolvidos e assegurada a igualdade de suas participações (se um for assistido por advogado, o outro também deverá ser). Assim, acredita-se que será possível enfrentar com sinceridade e profundidade questões familiares que nem sempre conseguem encontrar no Poder Judiciário um ambiente apropriado ou favorável a uma justa ou definitiva solução de controvérsias.

5 CONCLUSÃO

A partir do exame das normas processuais que regulam o processo e julgamento das ações de família, com suporte em bibliografia adequada, verificou-se que o Código de Processo Civil de 2015 deu ênfase ou preferência à solução consensual da controvérsia, ao estabelecer que devem ser empreendidos todos os esforços para tanto, com previsão expressa de utilização da mediação e, ainda, da tradicional conciliação, sem restringir a possibilidade de adoção de outros meios de solução consensual da controvérsia de família. De acordo com a legislação processual em vigor, a tentativa de solução consensual da controvérsia de família pode ser extrajudicial ou judicial, sendo que no âmbito judicial a mediação poderá ser utilizada ao início da lide ou mesmo durante o curso da respectiva ação de família, com possibilidade de suspensão do processo por prazo considerável ou, mesmo, de divisão da audiência de conciliação ou mediação em tantas quantas sejam necessárias para viabilizar

uma solução consensual da controvérsia. No tocante às ações de família que envolvem guarda de filho(s), entende-se que a opção legislativa pela solução consensual do conflito está em perfeita consonância com a previsão legal de guarda compartilhada, sem olvidar que mesmo nos casos de guarda unilateral, é indiscutível que o Código de Processo Civil de 2015 criou um novo paradigma para a solução das ações de família, pautado no diálogo e no respeito mútuo entre as partes litigantes, com nobre propósito de alcançar uma solução preferencialmente consensual da controvérsia, cujo maior benefício consiste na preservação do afeto entre familiares e da saúde emocional das partes envolvidas e dos seus filhos.

THE CONSENSUAL SOLUTION FAMILY ACTIONS INVOLVING CHILD CUSTODY IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Abstract: From bibliographical research, the work examines the legal provisions of the code of Civil procedure of 2015, dealing with the consensual solution of controversies, with the purpose of making explicit the your practical operation-procedure, moment of impact and what are the means available for the peaceful settlement of disputes and traded shares or of family, in particular those involving custody of son. After consideration of relevant legislation and doctrine, it is concluded that the civil procedure legislation took an important step to address and resolve in final or the satisfaction of family disputes, in that it encourages a consensual solution built by the parties themselves, at the expense of resolution imposed by the judiciary, which tends to please only one party. So, allows the conservation of affection and respect between family members, almost always hit by legal dispute lasting antagonistic, almost never pacifies the conflict that gave rise to the dispute.

Keywords: New code of Civil procedure 1. Consensual solution of controversies of Family 2. Conciliation and Mediation 3.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

COMEL, Denise Damo. O processo civil à luz do direito de família. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 17, n. 99, p. 117-122, dez./jan. 2017.

DA SILVA, Heleno Florindo; FABRIZ, Daury Cesar. A constitucionalização do direito processual – a busca pela solução pacífica das controvérsias no direito das famílias e os deveres fundamentais. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 19, p. 25-41, jan./fev. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda de menores: um conceito unitário no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro>>. Acesso em 29 nov. 2017.

SOARES, Carlos Henrique. A atuação do advogado nas ações de direito de família no novo código de processo civil. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 17, n. 99, p. 54-69, dez./jan. 2017.