

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart ; Caio Augusto Souza Lara ; Diego Mongrell González – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-049-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos II durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral “Constituição, Cidades e Crises”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos das mais diversas formas consensuais de solução de conflitos, bem como de uma enorme gama de técnicas e experiências a elas relacionada.

Os temas abordados vão desde a mediação de conflitos, a conciliação e até as práticas de Justiça Restaurativa. Novos trabalhos relacionando as formas consensuais e o Poder Público ganham destaque. A interdisciplinaridade com o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Empresarial foram a novidade deste evento e as discussões se somaram ao estudo tradicional das formas consensuais.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof^a. Dr^a. Adriana Silva Maillart

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara

Prof. Dr. Diego Mongrell González

Nota técnica: O artigo intitulado “Pluralismo jurídico: judiciário e mediação como instrumentos de democratização do Direito” foi indicado pelo Programa de Pós Graduação - Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PONDERAÇÕES SOBRE ENTRAVES ÉTICOS À ADVOCACIA COLABORATIVA DE FAMÍLIA E AO DIREITO DA PERSONALIDADE DE SEUS PARTICIPANTES
REFLECTIONS ON ETHICAL BARRIERS TO FAMILY LAW COLLABORATIVE ADVOCACY AND THE PERSONALITY RIGHTS OF ITS PARTICIPANTS

Marcelo Negri Soares ¹
Valéria Julião Silva Medina ²

Resumo

A advocacia de família tem se mostrado um grande desafio para os profissionais do direito em razão das mudanças sociais da pós-modernidade. Com a certeza de que os métodos tradicionais não eram suficientes, ascenderam os instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos. No Brasil, os que mais se mostram adequados para uma solução ideal no direito de família são a mediação e as práticas colaborativas. Com esteio no método hipotético-dedutivo, pautado em referencial doutrinário, o presente estudo traz à tona os entraves éticos para o exercício de uma advocacia colaborativa nos conflitos de família e seus reflexos nos direitos da personalidade.

Palavras-chave: Advocacia colaborativa, Mediação, Práticas colaborativas, Direito da personalidade, Ética profissional

Abstract/Resumen/Résumé

The Family law advocacy has proved to be a major challenge for legal professionals due to the social changes of the extrajudicial postmodernity. With the certainty that traditional methods were not enough, extrajudicial instruments for conflict resolution rose. In Brazil, the most suitable ones for an ideal solution in family law are mediation and collaborative practices. Based on the hypothetical-deductive method, according to doctrinal framework, this study brings up the ethical obstacles to the exercise of collaborative advocacy in family conflicts and their reflexes on personality rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Collaborative advocacy, Mediation, Collaborative practices, Personality rights professional ethics

¹ Professor do PPGCJ do Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR. Orientador e pesquisador ICETI.

² Pós-doutoranda e bolsista da CAPES, Artigo vinculado do PPGCJ pela UNICESUMAR – PR, através da linha de pesquisa de instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade.

INTRODUÇÃO

A família na sociedade pós-moderna, ora denominada líquida¹, impôs diversas mudanças nos sistemas jurídicos existentes para que se adequassem a este novo perfil, em que todos os seus membros fossem considerados livres e autônomos entre si, dotados de seus respectivos direitos da personalidade individualizados, e como tal, merecendo respeito e suporte estatal para estas especificidades.

Sob este contexto, a concepção de família deixou de ser a patriarcal e econômica que perdurou até final do último século, para se transformar em um ambiente de comunhão de vida entre os seus sujeitos, notadamente marcada pelo afeto e solidariedade, cujo valor central é a dignidade da pessoa humana.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece em seu artigo primeiro que ‘todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade’, qualidade imprescindível para a convivência em sociedade. E é pensando no respeito e no cuidado com o ser humano, qual seja, o exercício da fraternidade, que se justifica uma abordagem diferenciada para a solução de conflitos na seara das famílias, especialmente centrada nas pessoas, baseada no diálogo.

É notório que os conflitos de família são, de fato, extremamente complexos e difíceis de serem solucionados pelo Poder Judiciário, considerando as peculiaridades de cada demanda e as possíveis consequências que as decisões judiciais podem causar aos membros da família, em especial quando envolve interesses de menores ou incapazes. Com a percepção de que a atividade adjudicatória é a menos indicada para a solução satisfatória destes conflitos, surgiram instrumentos de caráter colaborativo que se solidificaram como os mais indicados para tal desiderato. (MEDINA; SOARES, 2019, p. 174)

Afinal, consoante reiterada afirmação de Eduardo de Oliveira Leite (2018, p. 245) ‘[...] aquilo se vê nas Varas de Família é tristeza, silêncio e ódio.’. E complementa que o drama humano, certamente, não pode ser resolvido com a aplicação pura e simples da letra fria da lei, por se tratar de a uma disfunção de ordem existencial, de origem psíquica ou mental capaz de produzir alterações no comportamento, comprometendo todo o grupo familiar.

Com a certeza de que os métodos tradicionais de solução de conflitos não se apresentava compatível com a sociedade contemporânea, o Poder Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), implementou o programa de justiça multiportas, com a edição da Resolução

¹ Expressão cunhada por Zigmunt Bauman, autor de diversas obras, dentre elas: Amor líquido, Modernidade Líquida, Medo líquido, Tempos líquidos, Vida líquida etc.

nº 125/2010, cuja finalidade é ‘a adequação do conflito à porta mais apropriada para o tratamento, no modelo de política do Fórum Múltiplas Portas, deve ter como objetivo, além da participação e pacificação, o exercício da cidadania. A valorização da composição pré-processual, por meio de mecanismos consensuais, é o primeiro passo para o restabelecimento de uma nova justiça que garanta a plenitude dos direitos da personalidade. As questões que poderiam ser solucionadas sem a intervenção de um juiz continuarão sendo apresentadas ao Estado, que atuará como mero fiscalizador e homologador, priorizando um procedimento célere, simples, eficaz e menos custoso, mas efetuado e participado pelos cidadãos.’. (OLIVEIRA; SPENGLER, 2013, p. 165)

A partir desta premissa, diversas práticas foram implementadas com o objetivo de se criar diálogos cooperativos que, por certo, conduzirão a um resultado mais apropriado ao conflito, tanto no âmbito judicial, quanto no extrajudicial, tais como: a mediação, a conciliação, as práticas colaborativas etc, que serão abordadas ao longo deste texto.

Neste jaez serão apresentados, no primeiro capítulo, os fundamentos da atividade colaborativa no Brasil, que obteve uma nova roupagem com a aprovação da legislação processual vigente, em 2015. No segundo, haverá uma abordagem acerca da importância desta atividade como uma solução ideal para os processos de família, com destaque para as que foram consideradas as mais adequadas e este conflitos, quais sejam, a mediação e as práticas colaborativas. No terceiro e último capítulo, serão feitas ponderações de natureza ética que estão sendo percebidas nas atuações de advogados e que têm influenciado de forma prejudicial ao desenvolvimento destes métodos.

Por fim, é mister esclarecer que se trata de uma pesquisa bibliográfica e exploratória da realidade fática vivenciada no Brasil, através da utilização de método hipotético-dedutivo, cuja análise do problema ético aqui experimentado foi objeto de observação e amadurecimento de ideias, com as quais se pretende fazer um prognóstico de medidas a serem tomadas na tentativa de uma possível solução.

1. A COLABORAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

É importante registrar que a atividade cooperativa apesar de não ser nova, foi positivada no ordenamento brasileiro, primeiramente, no art. 6º do atual Código de Processo Civil de 2015, que impõe o dever de cooperação de todos os sujeitos do processo, entre si, para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.

No mesmo ano, foi aprovada a lei 13.140 que regulamentou a mediação no Brasil, sendo certo que já era uma prática eficaz para os conflitos de família, em especial. Seu procedimento, seja judicial ou extrajudicial, impõe práticas cooperativas entre as partes e o mediador, que são orientadas pelos princípios da imparcialidade do mediador, da isonomia entre as partes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca do consenso, da confidencialidade e da boa-fé, assim dispostos no art. 2º, o que justifica o êxito desta ferramenta.

Neste jaez, o processo é visto como discurso (LEAL, 2014, p. 100) e é possível conceber a colaboração como uma das vertentes do princípio constitucional do devido processo legal, que tem o condão de potencializar o contraditório conjugado com a prática da boa-fé entre as partes, impondo uma nova forma de condução do processo através de um diálogo entre todos os participantes, objetivando alcançar uma solução ‘ideal’ para o caso proposto. (ANDOLINA, 2006, p. 356)

Apenas para melhor esclarecimento desta atividade colaborativa no processo, ela se justifica como uma ferramenta que visa dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. (MITIDIERO, 2011, p. 48-50)

Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática do neoconstitucionalismo.

Esta é a razão para se justificar o incentivo ao processo colaborativo nos conflitos de família, eis que envolvem sempre uma grande complexidade, seja por problemas de cunho existencial, como questões de filiação, guarda, alimentos etc, quanto a de conflitos patrimoniais, como os litígios de divórcio e partilha de bens. (BRUN; DINIZ, 1992, p. 38)

Isto porque, apesar das grandes diferenças culturais e sociais das regionalizações vislumbradas no Brasil, no que tange aos meios de solução de conflitos de família, a comunidade acaba procurando a via judicial adjudicatória de forma imediata, ainda que nesta seara possa entabular acordos ou encontrar outras formas de solução destes impasses. (MEDINA; SOARES, 2019, p. 177)

No entanto, com as mudanças sociais e culturais em que vive a família pós-moderna, é de bom alvitre concluir que as ferramentas mais indicadas para a solução destes litígios são aquelas que fomentam o diálogo entre seus membros, na eterna tentativa de apaziguar os tormentos emocionais deles decorrentes.

É com espeque nesta certeza que os métodos consensuais foram realçados a esta visão prospectiva de uma solução ‘ideal’ para a contenda em voga, sejam encontrados

voluntariamente pelas partes envolvidas, na via extrajudicial, ou até mesmo impulsionados pelo próprio órgão Judiciário.

Experiências estrangeiras comprovam que pais que frequentaram programas de educação em atividades colaborativas durante um processo de divórcio, apresentaram níveis mais baixos de conflitos parentais do que as crianças cujos pais não compareceram ao programa, o que demonstra que os métodos colaborativos são mais eficazes na solução dos conflitos de família. (BECK *et al.*, 2009, p. 453)

Não há dúvidas que no direito alienígena a mediação vem sendo aplicada com grande vantagem aos interessados na disputa. (MOSTEN; LANDE, 2010, p. 347) E não deveria ser diferente no Brasil, sendo possível concluir que a mediação e as práticas colaborativas representam as ferramentas que mais se amoldaram à realidade brasileira, razão pela qual o presente trabalho concentrar-se-á nesta análise pragmática das relações interpessoais envolvidas. No entanto, cumpre destacar que estes métodos acabam sendo inviabilizados de serem utilizados em razão de questões éticas que são pouco exploradas e discutidas por aqui, o que será o foco deste trabalho.

Compete, por fim, justificar que serão concentradas as análises das questões éticas decorrentes da advocacia de família no processo colaborativo no âmbito extrajudicial, sem prejuízo de se tecer uma breve e necessária análise desta atuação na via judicial, considerando o disposto no código de ética profissional da OAB, senão vejamos.

2. OS MÉTODOS COLABORATIVOS COMO FERRAMENTA PARA A EFETIVAÇÃO DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA

Como já mencionado alhures, a solução de um conflito de grande complexidade como os de família, por meio de um processo colaborativo, gera nas partes uma maior conscientização dos efeitos perversos de uma decisão judicial, hipótese em que a ‘melhor’ solução para o conflito estaria nas mãos dos próprios interessados. Esta circunstância tem o condão de minimizar, ainda, as trágicas consequências para os filhos diante do fim do relacionamento dos pais.

É notório que uma das maiores lesões ao direito da personalidade consiste na ausência de tutelas adequadas para solução de conflitos familiares, sendo certo que a família, como estatuído no próprio texto constitucional ‘é a base da sociedade’. Neste contexto, é por meio dos direitos da personalidade que o ser humano tem resguardada “a garantia e o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana”, sendo essa tutela

necessária em toda a esfera individual, que promova necessariamente “o respeito aos valores como sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade”. (FERMENTÃO, 2009, p. 104)

Sob esta ótica, é ainda mais importante destacar que todos os participantes do processo colaborativo passam a ter uma atuação fundamental nesta seara, como advogados, mediadores e outros profissionais especializados, sempre com a função de auxiliar no diálogo e na prática de colaboração.

No âmbito do processo de família, surgiram diversos métodos colaborativos que demonstraram maior eficácia para a solução destes conflitos, merecendo o devido fomento, seja através de incentivos judiciais no curso das demandas, seja de forma extrajudicial, através de políticas públicas que venham a educar nossa sociedade acerca das vantagens de se buscar a solução mais indicada ao caso concreto.

Alguns destes métodos exitosos estão mencionados como as oficinas de parentalidade, que têm sido fomentadas pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), no Brasil; a indicação de coordenadores parentais diante da percepção da existência de grave conflito em um divórcio, nos Estados Unidos da América; aplicação de técnicas não tradicionais, como o uso de constelações familiares; dentre outros. (MEDINA, 2017, p. 183-197)

É certo, todavia, que nem todos são adequados para a nossa sociedade, considerando as diversidades culturais, educacionais, judiciais etc. Assim, percebe-se que no Brasil os métodos que mais demonstram êxito na solução de conflitos de família são a mediação e as práticas colaborativas, por permitirem a dignificação da individualidade de cada membro da família, através do diálogo e respeito, enaltecendo seus direitos subjetivos da personalidade.

Apesar das qualidades, sua procura, no Brasil, por casais em conflito, ainda é muito tímida, diante da existência de poucos profissionais qualificados para tal desiderato, bem como pela questão cultural de uma propensão a uma advocacia adversarial a priori, restando as possíveis soluções amigáveis para um momento a posteriori, no curso do processo, quando as partes já estão sobejamente desgastadas financeira e emocionalmente.

Acredita-se que a falta de profissionais qualificados e especializados neste segmento jurídico, qual seja, a advocacia consensual a ser exercida com exclusividade, é causada por ausência de incentivo e regulamentação própria desta carreira, o que restará justificado alhures.

Neste sentido, o presente estudo concentrar-se-á em demonstrar as duas práticas que mais têm sido difundidas no Brasil, sob este jaez, de modo que seja possível fazer uma análise acerca da ética na condução destes métodos pelos advogados, diante de uma lacuna normativa, são elas: a mediação e as práticas colaborativas.

2.1. MEDIAÇÃO

Em primeiro lugar, ressalta-se a mediação como ferramenta essencial na solução de conflitos familiares, seja realizada do âmbito extrajudicial ou fomentada pelo próprio Poder Judiciário. O objetivo do procedimento de mediação é enaltecer que as próprias partes possam compreender o grau de vinculação que as une e, conseqüentemente, sejam capazes de encontrar um “denominador comum” entre os interesses conflitantes, de modo que alcancem a paz. Para tal desiderato, é de extrema importância a participação de terceiros apaziguadores do conflito, como os próprios mediadores, os advogados e até mesmo pelos magistrados, que em atividade colaborativa, devem atuar para esta finalidade, desde que percebam que há real interesse na solução consensual do litígio. (MEDINA; SOARES, 2019, p. 182)

No Brasil, apesar desta prática ter sido difundida bem antes, a devida regulamentação só veio com o advento Lei de Mediação, nº 13.140/2015, consoante já mencionado, que a estabelece como um meio de solução de controvérsias entre particulares e de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

É importante destacar que a lei estabelece premissas para utilização desta ferramenta, seja por mediadores, advogados e outros profissionais habilitados à soluções judiciais ou extrajudiciais de contendas. No que tange aos litígios de família, como já dito anteriormente, é uma das ferramentas mais exitosas de solução, que pode se dar com ou sem a intervenção estatal, podendo as partes procurar profissionais ou órgãos responsáveis por tal desiderato, desde que seja(m) de sua confiança, o que restou esclarecido pela lei, em seu art. 9º.

Não é demasiado registrar que a lei foi aprovada com a intenção de regulamentar o procedimento e estabelecer princípios e critérios éticos a serem utilizados nesta prática, de modo a incentivá-la, sendo certo que já era uma realidade no Brasil.

É verídico que a mediação foi muito incentivada, seja no âmbito judicial, como meio de auxiliar os magistrados na solução de conflitos de alta complexidade, como os de família, assim como na prática extrajudicial, através de criação de órgãos públicos e/ou privados com esta finalidade. Tal fato se refletiu o exercício da advocacia, uma vez que muitos escritórios passaram a estimular seus clientes nesta tentativa prévia de solução consensual e, em caso de insucesso, ingressariam com a demanda litigiosa. (MOSTEM, 2009, p.52).

No entanto, é importante ressaltar que apesar desta prática ser muito útil, a mesma só resultará em êxito se houver uma cultura e um grande incentivo para tal, o que só pode ser propiciado pela devida qualificação dos mediadores e dos profissionais colaboradores que auxiliarão as partes na busca da devida autocomposição.

É crível que o exercício da advocacia esteja sendo cerceado em razão de lacuna legislativa que regulamente as relações éticas a serem adotadas por esses profissionais, o que restará melhor esclarecido adiante, bem como pela falta de profissionais qualificados para uma atuação estritamente extrajudicial, o que poderia ser percebido em caso de exigência de assinatura das partes de um termo de participação e confidencialidade exclusivo para atuação nas sessões de mediação, mediante uma promessa de não processar, assim como a exigência de um advogado que as auxiliassem apenas na fase extrajudicial, sob o qual teria o dever de assinar uma cláusula de desqualificação.

A concentração de esforços nesta etapa pré-processual e consensual tem por objetivo evitar não só o ajuizamento de ação judicial, como também apaziguar os ânimos das partes, sob pena destes litígios transformarem-se em divórcios intermináveis (VAINER, 1999, p. 27).

Todos esses entraves serão melhor delineados em item próprio alhures, sendo certo que não só a mediação, como também as práticas colaborativas acabam sendo limitadas de desenvolvimento no Brasil em razão de entraves éticos.

Por fim, cumpre destacar que outros aspectos da mediação serão abordados no capítulo seguinte, em que se fará a devida diferenciação entre estes instrumentos e a justificativa para a afirmação de que são essas as ferramentas mais indicadas para a solução extrajudicial dos conflitos de família.

2.2. PRÁTICAS COLABORATIVAS

Outros mecanismos que por aqui têm se mostrado muito eficazes na solução dos litígios familiares, consistem nas práticas colaborativas², tal qual nos Estados Unidos, onde foram desenvolvidas, pelo baixo custo envolvido se comparada ao processo litigioso, e são consideradas “primas” da mediação, diferenciando-se pela ausência de um terceiro intermediador, que é regra naquela. (KRUSE, 2008, p. 207)

As práticas colaborativas devem ser utilizadas principalmente em situações de conflitos crônicos, onde há forte carga emocional e têm como principal objetivo preservar os vínculos afetivos e o desenvolvimento de habilidades comunicacionais das partes envolvidas. Em verdade, “trata-se de um método extrajudicial de resolução de controvérsias, não adversarial e

² Enunciado 55 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF: O Poder Judiciário e a sociedade civil deverão fomentar a adoção da advocacia colaborativa como prática pública de resolução de conflitos na área do direito de família, de modo a que os advogados das partes busquem sempre a atuação conjunta voltada para encontrar um ajuste viável, criativo e que beneficie a todos os envolvidos.

interdisciplinar, focada exclusivamente na construção conjunta dos processos decisórios por meio do diálogo. É pautada especialmente no protagonismo e na corresponsabilização das partes”. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 58)

Em cartilha elaborada pela OAB/RJ para difundir as práticas colaborativas, são destacados os seguintes benefícios: celeridade; redução de custos; confidencialidade; preservação da autonomia; consideração da individualidade de cada pessoa envolvida; soluções de benefícios mútuos; amparo e desenvolvimento emocional de todos os envolvidos; soluções construídas em conjunto; foco no sistema familiar; manutenção de parcerias importantes.³

Nas práticas colaborativas, as partes são assistidas por seus respectivos advogados, parciais, que devem defender e explorar os direitos de seus clientes, objetivando a negociação a partir destas premissas, com destaque para a necessidade de aposição de cláusula de submissão ao processo de colaboração, hipótese em que os advogados atuarão em diversas sessões em que discutirão abertamente os interesses em conflito, visando a se chegar em um consenso. Trata-se de um procedimento voluntário em que as partes se comprometem a não litigar.⁴ A atuação dos advogados limitar-se-á a estas tentativas. Em caso de impossibilidade de acordo, deverão constituir outros patronos para o litígio, ou seja, a atuação destes profissionais é exclusiva para a fase de negociações pré-processuais, no qual deverão empregar técnicas negociais e conhecimentos jurídicos para auxílio das partes, de modo que estas possam alcançar um acordo justo para o conflito. (FISHER; SHAPIRO, 2005, p. 32).

Cabe salientar o fato de que nesta fase também é possível o trabalho em conjunto de equipe multidisciplinar, com o intuito de auxiliar as partes e seus advogados na tomada de decisão, em especial quando o conflito envolver interesses de menores e/ou questões econômicas de administração financeira doméstica. (KRUSE, 2008, 210)

Isto porque, um procedimento desta natureza, por ser totalmente voluntário e extrajudicial, permite que as partes envolvidas escolham outros profissionais especializados na controvérsia daquele casal e/ou família, que eles entendam mais qualificado ou confiável para o devido acompanhamento e/ou elaboração de parecer técnico. Esses profissionais devem possuir qualificação em gestão de conflitos, podendo ser das áreas: jurídica (advogados, defensores, árbitros, consultores jurídicos); da saúde mental (psicólogos, psicanalistas, terapeutas e assistentes sociais) e financeira (analistas e consultores financeiros, economistas e contadores), além de corretores de imóveis e outros.

³ Disponível em: https://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/Cartilha_de_Praticas_Colaborativas_-_OABRJ.pdf. Acesso em 15 mar 2020.

⁴ Disponível em: www.praticascolaborativas.com.br. Acesso 15 mar 2020.

Outra importante característica deste procedimento é a confidencialidade de todos os participantes, que têm o dever de assinar um termo de atuação reservada e de não litigância, o que é fundamental para o sigilo e êxito das negociações, considerando a formação de um espaço exclusivo para que as partes possam dialogar e aumentar as chances de uma solução amigável para o conflito.

Como no Brasil esta prática ainda não foi regulamentada, acaba existindo uma lacuna que possa auxiliar os profissionais que atuam especificamente nestes conflitos não adversariais, em especial diante de sua peculiaridade, gerando alguns entraves éticos para seu desenvolvimento, o que restará abordado adiante.

Em outros ordenamentos jurídicos em que há a devida regulamentação são destacados os seguintes princípios que devem ser seguidos pelos colaboradores, a saber: abster-se de insistir na aceitação de condições precedentes à entrada no processo colaborativo; incentivar soluções criativas de problemas e desencorajar a negociação posicional; conversar diretamente com os participantes sobre qualquer comportamento não colaborativo percebido e tentar remediar o problema de maneira construtiva; usar métodos não defensivos de ouvir críticas; exercitar a paciência o tempo todo; evitar o uso de pressão, ameaças ou prazos. (DUNCAN, 2017, p. 117)

Não obstante, compete-se destacar diferenças entre a prática colaborativa e a mediação, a saber: enquanto a mediação se desenvolve com a presença de um “neutro” que não defende uma parte ou outra, no processo colaborativo, os clientes são representados por um advogado. O processo se concentra em um acordo abrangente que acomoda as necessidades de ambas as partes, bem como das crianças. Cada uma tem a garantia de um defensor para ajudar a esclarecer os objetivos pretendidos, explicando as consequências legais e apoiando o cliente em negociações. Nem todo modelo de mediação permite a presença de advogado durante as tratativas. (DREW, 2017, p.379-380)

Outra brilhante diferenciação entre os métodos acima expostos foi traçada por Olívia Fürst, senão vejamos:

“[...] o significativo diferencial da prática colaborativa está na combinação de ferramentas da mediação com a essência da advocacia. Ela dota o profissional de técnicas e habilidades em negociação e comunicação, próprias da mediação; agrega outros saberes na resolução do conflito (equipe multidisciplinar); e não exige neutralidade e imparcialidade do profissional, mantendo sua atuação em consonância com o âmago da profissão, que é a defesa do melhor interesse do cliente e da família.” (FÜRST, 2014, *on-line*)

Então, o processo colaborativo busca os melhores interesses da família não apenas como uma maneira de acabar com a disputa, mas de garantir a harmonia contínua através do incentivo

de comunicação entre os membros da família em litígio. Este ideal pode ser alcançado quando ambas as partes (pais) são similarmente motivados. Assim, notadamente, “a prática colaborativa promove o respeito, coloca as necessidades das crianças primeiro e mantém o controle do processo com os cônjuges.” (DREW, 2017, p.379-380)

Nessa concepção, a mediação pode realizar algumas dessas metas, mas na maioria das vezes está procurando um acordo satisfatório a ser alcançado entre as partes, embora não necessariamente priorizando o que é melhor para a família como uma unidade.

Em síntese é possível afirmar que na mediação, o terceiro imparcial – mediador – tem uma atuação mais passiva, criando métodos para as partes alcançarem uma autocomposição, enquanto nas práticas colaborativas, o papel do advogado – facilitador – é ativo, qual seja, criar meios de garantir o diálogo, afastar as mágoas e, enfim, entabular um acordo que melhor se adeque àquela família ou casal.

Essa é a razão para se justificar uma necessária regulamentação da atuação profissional do advogado nas Práticas Colaborativas, considerando não ser indicada para aqueles que não têm habilidades, ou seja, condições objetivas e subjetivas para enfrentar o trabalho. É fundamental para o êxito de um processo colaborativo, uma equipe profissional qualificada e como habilidade técnica para desempenhar um papel ativo em relação aos clientes, garantindo o diálogo fundamental para a solução pacífica.

3. ENTRAVES ÉTICOS A SEREM PONDERADOS

Para uma análise ética das atividades profissionais do advogado nas causas de família, é mister destacar que, seja em atuação judicial ou extrajudicial, compete-lhe respeitar a boa-fé objetiva, cuja função integrativa ou supletiva tem o condão de tornar a relação jurídica mais solidária, cooperativa e leal, o que se pode efetivar a partir dos deveres de informação, de sigilo, de colaboração, de lealdade, de cuidado, de proteção, dentre outros. (GURGEL, 2009, p. 118)

Percebe-se no Brasil, uma crescente necessidade de mudanças no perfil da advocacia, em especial no segmento de direito de família, de modo a reduzir a beligerância acirrada que se vislumbra nos litígios sem fim. Processos muito lentos, com diversos recursos desnecessários, perícias inconclusivas e decisões judiciais em descompasso com o caso concreto é a realidade que se apresenta nas demandas judiciais, que definitivamente não são capazes de alcançar a finalidade de um processo judicial, qual seja, garantir a paz social.

A advocacia de família, segundo Eduardo de Oliveira Leite (2018, p. 249-250):

[...] extrapola em muito as questões unicamente jurídicas, na medida em que sua atuação é, antes de tudo, uma experiência relacional. O papel do advogado vem imantado de significação já que, além do discurso aparentemente real das causas e motivos apresentados, deve *descobrir* a realidade da mensagem inconsciente que subjaz disfarçada no discurso do cliente. Ou, para resguardar o vocábulo psicanalítico, é não escutar o que está sendo dito e o que ainda resta dizer. [...] O escopo final do Direito de Família e do advogado familiarista não é vencer ou derrotar, nem determinar vítimas ou algozes, como brutal e insensivelmente tem-se constatado na atuação mais superficial do Judiciário e a redescoberta da psicanálise, como ciência capaz de auxiliar a atividade jurídica, tem-se revelado fundamental na definição de um novo conceito de família, menos vinculado a papéis rigidamente estruturados, ou atuações previamente estabelecidas, mas, antes, dominado pelo inconsciente, base impulsionadora de toda ação humana.

Por esta razão restaram fomentados outros métodos que fossem capazes de garantir à sociedade uma solução mais adequada dos respectivos conflitos, em menor tempo e que pudesse apaziguar os ânimos das partes envolvidas, reduzindo outros litígios decorrentes.

É verídico que a democratização destes instrumentos depende de uma mudança cultural nas sociedades, hipótese em que há a necessidade de políticas de incentivo à implementação destes paradigmas.

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2010, foi a pioneira neste sentido, o qual instituiu, no âmbito do Poder Judiciário, a política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, de modo a garantir tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, organizando, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Sob a ótica da advocacia, competiu à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) estabelecer protocolos e mudanças em seu código de ética profissional para fomentar as práticas consultivas e/ou extrajudiciais do exercício profissional, de modo a incentivar os advogados na especialização para atuação de acordo com este “novo perfil”.

Assim, o Conselho Federal da OAB, através da Resolução nº 02/2015, aprovou mudanças no Código de Ética para inserir, dentre suas premissas institucionais, a modernização e atualização das práticas advocatícias, em consonância com a dinamicidade das transformações sociais e das novas exigências para a defesa dos direitos e seus constituintes e da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito.

Para incentivar a atuação da advocacia não contenciosa, o aludido ato legislativo estabelece logo em seu artigo 2º, dentre os deveres do advogado, no parágrafo único, o inciso VI - estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo,

sempre que possível, a instauração de litígios. E complementa no artigo 48, destinado aos honorários advocatícios, que as disposições deste capítulo aplicam-se à mediação, à conciliação, à arbitragem ou a qualquer outro método adequado de solução dos conflitos, sendo vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial, garantindo o incentivo à qualificação e especialização do profissional nesta seara.

Na aludida cartilha elaborada pela OAB/RJ para difundir as práticas colaborativas, há menção expressa acerca da importância do advogado neste procedimento, destacando que é este quem identifica, junto com seu cliente, o melhor método de solução para a controvérsia apresentada; auxilia na identificação de valores, conceitos, interesses e prioridades do seu cliente, bem como estuda as possibilidades existentes no caso concreto, ajudando aquela família na compreensão dos elementos do conflito, trabalhando sempre em parceria com outro advogado colaborativo, na busca por soluções criativas que beneficiem a todos.⁵

E complementa, ratificando que as práticas colaborativas privilegiam e fortalecem o papel do advogado, na medida em que trazem para âmbito de seu escritório todo o processo de resolução da controvérsia, evitando litígio judicial, resgatando, ainda, a missão precípua do advogado que é a de resolver conflitos, em consonância com o disposto no art. 2º do já mencionado Código de Ética e Disciplina.

É relevante destacar que na mediação o trabalho do advogado também deve ser diferenciado em relação ao caminho adversarial, considerando a necessidade de auxílio de seu cliente na escolha de um bom mediador, na preparação das questões a serem dialogadas entre as partes, na disponibilidade de acompanhamento do cliente em diversas sessões, de acordo com o grau de litigiosidade e/ou emocionalidade envolvidos, bem como nas condições para se alcançar o melhor acordo para o caso. (SUARES, 2002, p. 112).

Apesar da inequívoca diferença de perfil da advocacia consensual para a adversarial, não há nenhuma orientação e/ou especialização que venha a fornecer a devida qualificação e incentivo para que o profissional do direito possa seguir apenas o caminho de uma advocacia consensual. Nas faculdades de Direito e nos respectivos cursos de especialização, seja *lato* ou *stricto sensu*, há uma preferência para o desenvolvimento de estudos para uma atuação na forma contenciosa, deixando apenas a cargo das teorias, a existência de uma prática profissional exclusiva da via consensual.

⁵ Disponível em: https://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/Cartilha_de_Praticas_Colaborativas_-_OABRJ.pdf. Acesso em 15 mar 2020.

E isto, de fato, é contribuído pela inércia de uma regulamentação específica para a atuação profissional do advogado de consenso, seja nas práticas colaborativas e/ou no ambiente extrajudicial de mediação, ou até mesmo para uma advocacia de consultoria. Tal lacuna dificulta a propagação deste segmento da advocacia, qual seja, a estritamente consultiva e extrajudicial.

A importância da existência de normas éticas para guiar as condutas a serem observadas pelos profissionais é ressaltada por Bauman (1997, p. 23):

De muitas coisas podemos afirmar que quanto mais delas se necessita tanto menos facilmente estão disponíveis. Essa afirmação vale com certeza com respeito a normas éticas comumente *acordadas*, de que também podemos esperar que sejam comumente *observadas*: essas normas podem guiar nossa conduta em nossas relações *mútuas* – nosso relacionamento para com outros e, *simultaneamente*, dos outros para conosco – de sorte que possamos nos sentir seguros em nossa presença recíproca, ajudar-nos uns aos outros, cooperar pacificamente e derivar de nossa presença mútua prazer não corrompido pelo medo ou pela suspeição.

Apenas para não deixar vaga a expressão ética, é relevante considerá-la como uma ciência do ser, sob o aspecto moral em fenômenos introspectivos que se revelam na atuação em sociedade, objetivando evidenciar a moralidade, sob a ótica da disciplina racional-probatória que se debruça na conduta humana. Afinal, em última análise, a filosofia moral, v.g., ciência do ser, pode ser entendida como o filtro ou o sensor que aquilata a grandeza da moral humana. E dentre suas vertentes, é mister destacar a ética prática, que bem se amolda aos ditames profissionais ora em voga. Nessa linha, destaca a doutrina:

A ética não tem como tarefa apenas o esclarecimento e a fundamentação do fenômeno da moralidade, mas também a aplicação de suas descobertas aos diferentes âmbitos da vida social. Ao lado da tarefa de fundamentação existe a tarefa da aplicação que consiste em averiguar como os princípios ajudam a orientar os diferentes tipos de atividade. Contudo não basta refletir sobre como se aplicam os princípios em cada âmbito concreto, é preciso levar em conta a especificidade de cada atividade com suas próprias exigências morais e seus próprios valores. Trata-se de averiguar quais são os bens internos que cada tipo de atividade deve trazer para a sociedade e quais são os valores e hábitos que é preciso incorporar para alcançá-los. Para chegar a isso, os eticistas devem trabalhar interdisciplinarmente junto com os especialistas de cada área. Mas é necessário também ampliar a visão ética para a moral cívica que rege o tipo de sociedade em que vivemos. (CORTINA; MARTÍNEZ, 2005, p. 25-26)

É por esta razão que se justifica a necessidade de se estabelecer os critérios e princípios éticos que devem ser considerados pelos advogados que quiserem se especializar na advocacia consultiva e extrajudicial, cujo âmbito de atuação é completamente diverso daquele praticado habitualmente pela área contenciosa. Além do princípio a boa-fé que possui um axioma valorativo no nosso ordenamento, justificando sua aplicação em todas as áreas do direito, na

via extrajudicial é possível destacar, ainda, os da confiança, lealdade, honestidade, sinceridade e fidelidade e transparência entre todos os participantes, em especial os profissionais colaboradores.

Isto porque, ratifica-se, não haverá “perdedores” ou “ganhadores” nessa seara, apenas profissionais qualificados empenhados em uma solução pacífica e menos “dolorosa” entre as partes.

Não é demasiado reiterar que a importância de um ato normativo apto a regular esta atividade consiste não só em estabelecer premissas basilares do exercício da advocacia não adversarial, como também, - e, talvez, a hipótese mais relevante – determinar os preceitos éticos a serem seguidos pelos profissionais entre si, ou seja, como devem ser conduzidas as negociações e o desenvolvimento do “projeto de paz” com o outro colega advogado; as relações entre advogado e cliente; e, por fim, o trabalho cooperativo, coparticipativo do advogado com outros profissionais que possam auxiliar as partes conflitantes. (TESLER, 2008, 67)

É de coruscante certeza que a ausência de norma ética apta a disciplinar o exercício profissional que venha a garantir uma outra forma de acesso à justiça, viola o direito da personalidade do próprio advogado, eis que é o *expert* das partes para a indicação da tutela mais adequada para a solução de cada conflito apresentado.

Registre-se, outrossim, que a qualificação de um advogado não contencioso deve considerar diversas especialidades diversas do direito, como técnicas de negociação; um bom conhecimento de psicologia, ainda que seja desnecessária formação neste sentido; técnicas de comunicação, objetivando fomentar o diálogo entre as partes; eventuais técnicas não formais do conhecimento, como meditações, constelações etc; e, quiçá, algum conhecimento de contabilidade e/ou economia, sem prejuízo dos conhecimentos jurídicos imprescindíveis aos conflitos de família, eis que envolvem tanto questões existenciais, como também patrimoniais.

E esta especialização é fundamental para que os princípios deste método colaborativo da advocacia possam ser consolidados, uma vez que dentre eles estão o da promessa de não processar, bem como da cláusula de desqualificação para o litígio. A princípio, esses princípios são aplicáveis apenas às práticas colaborativas, no entanto, é conveniente reiterar que pode ser aplicável também à mediação e outras atividades de consultoria que os advogados podem utilizar para o exercício pleno de uma advocacia extrajudicial.

A promessa de não processar consiste na renúncia expressa das partes de litigar em juízo, configurando uma espécie de negócio jurídico pré-processual, na hipótese ventilada neste trabalho. É mister destacar que esta cláusula é admitida em diversas situações de direito processual e material, mas que fogem ao tema proposto.

Nesta concepção, a aludida promessa que é também denominada de cláusula de paz, consoante termo utilizado no direito francês, e tem por objetivo evitar que as partes tornem litigiosa uma relação durante o momento conciliatório, ou seja, buscando – na linguagem negocial – manter as partes na mesa de negociações. Visa, ainda, evitar que, no curso das tratativas, as partes proponham ações ou apresentem pedidos uma contra a outra, tornando novamente beligerante uma relação em tratativas de acordo. (TRIGO, 2020, p. 125-127)

Já a cláusula de desqualificação é um dever ético que os advogados colaboradores devem assinar, comprometendo-se a uma atuação profissional de apoio e assessoria jurídica às partes, no âmbito exclusivamente extrajudicial. Trata-se de um dever de empregar todo o conhecimento e instrumentos aptos a auxiliar as partes na solução do conflito de forma consensual.

É importante destacar que a partir da assinatura desta cláusula, o advogado está proibido de atuar judicialmente auxiliando uma das partes, uma vez que elas deverão buscar o serviço de outro advogado, que atuará no litígio.

Sob esta ótica, não se pode olvidar que, apesar de ausência normativa neste sentido, torna-se evidente concluir que, eticamente este profissional do litígio não pode ter qualquer relação profissional com o patrono colaborativo, considerando que as atividades são incompatíveis. Trata-se de técnica que resvala na necessidade de aprimoramento e harmonização dos interesses relacionais pessoais e profissionais. (ROSENBERG, 2006, p. 22)

Perceba-se que não há defesa de que o advogado colaborativo não possa ou não deva tecer todas as informações e suporte necessários ao patrono do litígio. Aqui, advoga-se a tese de que ambos não podem pertencer ao mesmo escritório ou possuir relacionamento financeiro comum. Esta é mais uma razão para a justificativa de uma premente e necessária regulamentação pelo Conselho Federal da OAB acerca das questões éticas que envolvem estas atividades.

Destarte, a assinatura pelas partes de um Termo de Participação, impõe-las um compromisso de realização de uma negociação com transparência, muito diálogo e boa-fé, sendo certo que possuem a certeza que os respectivos advogados estarão empenhados na resolução consensual do conflito, diante da assinatura da cláusula de não litigar judicialmente, sob pena de renúncia, somados à possibilidade de participação de outros colaboradores especializados, em casos de altos conflitos, o que geram um ambiente seguro para que os ânimos sejam apaziguados e a solução pacífica alcançada.

Com o êxito da empreitada, a função do advogado será a devida homologação do acordo junto ao Poder Judiciário, se a legislação exigir, qual seja, em caso de interesse de menor ou

incapaz. No entanto, como acima já adiantado, em caso de impossibilidade de acordo, apesar de todas as condições propícias para tal desiderato, as partes terão do dever de providenciar a contratação de outros advogados que atuarão na defesa processual em juízo.

Segundo Olívia Fürst, o cerne da inovação das práticas colaborativas está na assinatura de um termo de confidencialidade e não-litigância entre os advogados, sem o qual uma atuação genuinamente colaborativa não se mostraria viável. Em outros termos, se o acordo não for possível, as partes deverão procurar outros advogados para o litígio. (FÜRST, 2014, *on-line*)

No que tange à cláusula que desqualifica os advogados para o litígio, ratifica a aludida autora, tem um efeito transformador para os envolvidos na negociação, considerando que os advogados não representam ameaça mútua e trabalham em convergência de propósitos, quais sejam: passam a proporcionar um ambiente protegido de conversa, onde é possível aventar inúmeras possibilidades, sem o receio de que, posteriormente, constem dos autos de um processo judicial; e afastam a postura adversarial, uma vez que não havendo espaço para a barganha, é possível tratar de interesses e não mais de posições, na construção de um ajuste que atenda a todos os membros da família. Sob esta ótica, as chances de obtenção de acordos consistentes e duradouros são, assim, significativamente potencializadas.

E não é só. É importante, ainda, destacar a compreensão dos patronos de que a gestão adequada dos conflitos familiares deve passar por um enfoque multidisciplinar, determinando o endereçamento correto das questões específicas de cada caso, mediante identificação da composição da equipe de apoio, como psicólogos, financistas, terapeutas infantis e outros, o que dependerá da especificidade de cada família. (REDORTA, 2004, p. 53)

No Brasil, mas também nos Estados Unidos, a questão ética tem preocupado as autoridades competentes, o que fomentou a ABA⁶ a emitir pareceres no sentido de orientar os advogados empenhados no desenvolvimento de práticas colaborativas no dever de advertir o cliente dos riscos e benefícios do processo colaborativo, antes da assinatura do contrato de aceitação do caso, competindo ao cliente o devido consentimento.⁷

Nos EUA, investido da competência para a elaboração de regramentos éticos para o exercício da advocacia, o órgão de classe determina em seu parecer que, dentre os fundamentos da prática colaborativa, as partes se comprometem a negociar acordos mutuamente aceitáveis

⁶ ABA – American Bar Association (órgão equiparado à OAB daquele país).

⁷ The ABA has issued a new ethics opinion, one which gives approval to collaborative law practice, citing its "problem-solving atmosphere" and "focus on interest-based negotiation and client empowerment." [...] Disponível em: <https://nextgenerationdivorce.wildapricot.org/resources/Documents/Fitting%20the%20Pieces%20Together%20-%20Palm%20Harbor%20-%20April%2027-28%202017.pdf>, p.279. Acesso 20 mar 2020.

sem a intervenção do tribunal, bem como desenvolverem um diálogo aberto com compartilhamento de informações de modo que sejam criadas soluções que atendam às necessidades de ambos os clientes.

Todas estas questões precisam ser enfrentadas e devidamente regulamentadas para que o exercício da advocacia consultiva e/ou extrajudicial seja incentivado junto aos profissionais do direito que acabam optando pela prática adversarial, diante das incertezas e falta de orientação acerca da atuação junto a estes métodos consensuais, uma vez que sequer foram objeto de preocupação pelo órgão de classe.

Neste sentido, torna-se plenamente justificável a sugestão de elaboração normativa, através de um respectivo provimento a ser exarado pela própria OAB no sentido de regulamentar a prática da advocacia consensual, estabelecendo os respectivos princípios norteadores, procedimentais e, em especial, os limites éticos desta atuação.

Acredita-se que a partir da implementação deste ato normativo, que deve, ainda, determinar a inclusão obrigatória de disciplinas envolvendo as práticas consensuais de solução de conflitos nas faculdades de direito deste país, o exercício profissional exclusivo nesta seara será amplamente difundido e boa parte da grave crise de congestionamento processual que assola o Poder Judiciário restará diminuída.

CONCLUSÃO

É certo que os complexos conflitos de família estão longe de serem solucionados de forma satisfatória através de medidas judiciais de caráter tradicional, adjudicatório, o que justificou o fomento de procedimentos de natureza colaborativa, uma vez que se apresentaram os mais propícios para a satisfação destes litígios, em especial pela possibilidade de atuação de outros profissionais habilitados em auxiliar as famílias em conflito na busca de uma solução ideal, como advogados, psicólogos, assistentes sociais, mediadores etc.

É imperioso registrar que em todo o mundo o processo colaborativo tem se mostrado muito exitoso na satisfação de conflitos de alta complexidade, em especial quando realizado de forma extrajudicial, em que as partes e os colaboradores se encontram alinhados na proposta de se chegar a um acordo de vontades, garantindo suas individualidades e subjetividades, com respeito aos direitos da personalidade.

Restou demonstrado que a mediação e as práticas colaborativas têm se mostrado as principais ferramentas de solução de problemas familiares, no Brasil, em razão da questão

cultural e da forma como o procedimento é impulsionado para uma solução extrajudicial, exclusivamente, evitando maiores desgastes financeiros e emocionais entre as partes.

Tanto na mediação como nas práticas colaborativas as partes são colocadas em um ambiente em que se sentem capazes de analisar e resolver os próprios conflitos, determinando os comandos sobre as próprias vidas de maneira solidária, responsável e cooperativa, em especial quando há filhos em comum, eis que são os que mais sofrem com o rompimento da vida em família.

Ademais, a voluntariedade das partes na assinatura do termo de participação com a cláusula de paz, assim denominada a promessa de não processar, ou seja, de não utilização das vias judiciais enquanto perdurar o processo de conciliação; bem como da assinatura, pelo advogado, da cláusula de desqualificação, que o legitima apenas para atuação no consenso, uma vez que a necessidade de ajuizamento de ação, diante de eventual insucesso nas negociações extrajudiciais, ficarão a cargo de outro advogado, ratificam o êxito destas ferramentas.

Ocorre, porém, que a prática da advocacia extrajudicial de família acaba sendo limitada no Brasil por ausência de um regramento específico destinado à regulamentação da atuação profissional do advogado nesta seara, em que pese a previsão de incentivo à utilização dos métodos extrajudiciais no Código de ética.

É necessário o estabelecimento de critérios éticos para atuação com os demais advogados, a postura para com o cliente, a imposição de assinatura da cláusula de desqualificação e todos os seus desdobramentos, a existência de princípios que devem ser seguidos no exercício deste segmento da advocacia, bem como as condutas a serem punidas por aqueles que se recusarem a segui-las, garantindo mais segurança e tranquilidade ao profissional.

Por todo o exposto é que se pode acreditar que a existência deste ato normativo, que deve ter o condão de determinar a inclusão obrigatória de disciplinas envolvendo as práticas consensuais de solução de conflitos nas faculdades de direito deste país, tornará o exercício profissional neste segmento amplamente difundido, o que por certo reduzirá o grave congestionamento processual, minimizando os impactos do entrave ao acesso à justiça no Brasil, o que viola flagrantemente o direito da personalidade.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo Augusto. Il 'Giusto Processo' nell'esperienza italiana e comunitária. **Annali del seminario giuridico**. Milano: Giuffrè, 2006. v. VI, p. 356.

BAUMAN, Zigmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

BRUN, Gladis; DINIZ, Teresa Cristina. Terapia do divórcio. **Revista Nova Perspectiva Sistêmica**. n. 2. p. 38, 1992.

BECK, Connie J. A.; *et al.* **Collaboration between judges and social science researchers in family law**. Family Court Review, July, Vol.47(3), 2009.

CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. **Ética**. São Paulo: Loyola, 2005.

DENARDI, Eveline Gonçalves; MOURA, Isabel Cristina de; FERNANDES, Mariana Correa. As práticas colaborativas como um recurso para as situações de divórcio. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 36, vol. esp., p. 56-72, out. 2017.

DUNCAN, Doug; DUNCAN, Janelle. **Collaborative divorce: fitting the pieces together**. Disponível em: <https://nextgenerationdivorce.wildapricot.org/resources/Documents/Fitting%20the%20Pieces%20Together%20-%20Palm%20Harbor%20-%20April%2027-28%202017.pdf>. 2017. Acesso 20 mar 2020.

DREW, Margaret. **Collaboration and Intention: Making the Collaborative Family Law Process Safe(r)**. Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol.32(3), 2017.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues. **Direito à Liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade**, Curitiba: Juruá, 2009.

FISHER, Roger; SHAPIRO Daniel. **Beyond Reason – Using emotions as you negotiate**. New York: Penguin Books, 2005.

FÜRST, Olivia. **Advocacia Colaborativa no Direito de Família**. Disponível em: https://ibpc.praticascolaborativas.com.br/wp-content/uploads/2019/09/022014-Artigo-Olivia-Fu%CC%88rst-Tribuna-do-Advogado-OAB_RJ.pdf. 2014. Acesso: 10 mar 2020

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

KRUSE, Elizabeth. ADR, Technology, and New Court Rules – Family Law Trends for the Twenty-First Century. *In: Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, v. 21, 2008.

LANDE, John; MOSTEN, Forrest S. Collaborative Lawyers. Duties to Screen the Appropriateness of Collaborative Law and Obtain Clients. **Informed Consent to Use Collaborative Law**, 25 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 347, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. Ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 100.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A Psicanálise e o Advogado (Familiarista). *In: Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Zimmerman; Coltro; Bizzi (Org.). 4.ed. Campinas: Millennium Editora, 2018.

MOSTEM, Forrest S. **Collaborative Divorce Handbook** – Helping families without going to Court. San Francisco: Jossey-Bass, 2009.

MEDINA, Valéria Julião Silva. **Processo de Família e o Novo CPC: prática processual versus direito material**. Curitiba: Juruá, 2017.

MEDINA, Valéria Julião Silva; SOARES, Marcelo Negri. A Colaboração como Instrumento de Efetivação do Processo de Família. **Leituras de Solução de Conflitos**. LOURENÇO; SILVA; PEREIRA; GALVÃO (ORG.). Rio de Janeiro: FGB-Pembroke Collins, 2019, p. 174-187.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social**. Curitiba: Multideia, 2013.

REDORTA, Josep. **Cómo analizar los conflictos** – La tipología de conflictos como herramienta de Mediación. Barcelona: Paidós, 2004.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta** – Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

SUARES, Marinés. **Mediando en Sistemas Familiares**. Buenos Aires: Paidós, 2002.

TESLER, Pauline H. **Collaborative Law** – Achieving effective resolution in divorce without litigation. Chicago: ABA Publishing, 2008.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. **Promessa de não processor e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado**. Salvador: Juspodium, 2020.

VAINER, Ricardo. **Anatomia de um divórcio interminável** – O litígio como forma de vínculo. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999.