

A ADVOCACIA COLABORATIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA: O DIVÓRCIO COLABORATIVO

COLLABORATIVE LAW IN FAMILY LAW: THE COLLABORATIVE DIVORCE

Isabella Cristina Alves da Silva¹
Sheila Lyrio Cruz Zelma²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da advocacia colaborativa aplicada ao direito de família, principalmente ao divórcio. A metodologia utilizada compreende a análise teórica, sites oficiais, estatística, utilizando-se como técnica de pesquisa a revisão documental acerca do tema. Os resultados obtidos apontam que a advocacia colaborativa aplicada ao divórcio pode trazer mais benefícios do que o divórcio que é realizado tradicionalmente, tanto para os operadores do direito quanto para a sociedade em geral, por ser uma metodologia inovadora, extrajudicial, não-adversarial e multidisciplinar. Verifica-se que a advocacia colaborativa, além de oferecer auxílio emocional, com apoio de profissionais de saúde capacitados, possibilitando que acordos sustentáveis sejam realizados, ainda contribui para desafogar o poder judiciário, estimulando a desjudicialização dos conflitos, o que permite buscar soluções de forma mais célere, além de deixar para a justiça somente as questões pertinentes à mesma, em consonância com as políticas públicas brasileiras atuais que estimulam a resolução de conflitos através de meios alternativos.

Palavras-Chave: Advocacia Colaborativa. Direito de Família. Divórcio Colaborativo.

ABSTRACT

The present work aims at the analysis of collaborative law applied to family law, especially to divorce. The methodology used includes theoretical analysis, official websites, statistics, using as research technique the documentary review on the topic. The results show that collaborative advocacy applied to divorce can bring more benefits than divorce traditionally carried out, both for legal practitioners and for society as a whole, since it is an innovative, extrajudicial, non-adversarial and multidisciplinary methodology. Collaborative advocacy, in addition to offering emotional assistance, with the support of trained health professionals, enables sustainable agreements to be carried out, and contributes to unlocking the judiciary, stimulating the elimination of

¹ Advogada, graduada pelo Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Componente do grupo OAB Mulher da subseção de Barra Mansa. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito (UBM)– Centro Universitário de Barra Mansa, RJ, 2020. E-mail: isabellac.alvesdasilva@gmail.com

² Docente Mestre do Curso de Direito Centro Universitário de Barra Mansa (UBM) Professora Pesquisadora do Núcleo de pesquisa em Direito – NUPED. Grupo acesso à justiça. Professora supervisora de Trabalho de Conclusão de Curso. E-mail: sheilazelma@yahoo.com.br

conflicts. in addition to leaving to justice only the pertinent issues, in line with current Brazilian public policies that stimulate the resolution of conflicts through alternative means.

Keywords: Collaborative advocacy. Family right. Collaborative divorce.

1 INTRODUÇÃO

As práticas colaborativas, introduzidas no Brasil em meados de 2011, criadas nos Estados Unidos em 1990, por um advogado norte-americano, Stuart Webb, consistem em um método de resolução de conflitos extrajudicial, sigiloso e não-adversarial, podendo ser ainda multidisciplinar, contando com a participação de profissionais como psicólogos, especialistas infantis, especialistas financeiros, dentre outros, que atuarão juntamente com os advogados na defesa de seus clientes, buscando o bem comum de todos.

Diante da frustração das pessoas envolvidas em conflitos familiares que são levados ao judiciário, observa-se que nos processos litigiosos de natureza familiar não existem vencedores, todos perdem. Os efeitos desastrosos dos processos judiciais para o sistema familiar, em especial quando há filhos envolvidos, desperta a reflexão e o questionamento sobre a capacidade dos tribunais para decidirem determinadas demandas, como o divórcio, que envolve questões sentimentais e não apenas jurídicas, considerando que frequentemente retornam ao judiciário inúmeras vezes, por não terem sido solucionadas de forma eficaz, ou até mesmo gerando consequências negativas na família, em razão do desgaste emocional e financeiro.

No decorrer deste trabalho será analisado se as práticas colaborativas aplicadas especificamente ao divórcio consistem de fato em um método mais benéfico e eficaz para preservação da relação entre os familiares do que o divórcio proposto pelos meios convencionais, pela via judicial.

O objetivo do presente trabalho é analisar como as práticas colaborativas podem contribuir para a desjudicialização dos conflitos e para a reformulação da prática do divórcio no direito brasileiro, repensando a atuação dos advogados no Direito de Família, que deixam de ter uma postura adversariale passam a atuar pacificamente, cooperando um com o outro em prol do interesse de seus clientes,

olhando o benefício de todos, visando soluções efetivas, de forma célere, pacífica e duradoura, possibilitando a preservação das relações familiares no futuro.

Esta pesquisa possui uma grande relevância não só para o mundo jurídico, mas também para a sociedade, que muito tem a ganhar com a implementação dessa nova forma de lidar com os conflitos, que são inerentes à condição humana e apesar de serem frequentes ao longo da vida, podem ser encarados de forma mais amena e superados, se tratados de forma adequada. É importante desestimular as pessoas a tercerizarem determinados problemas, a deixarem de delegar ao magistrado questões sentimentais, que sobrecarregam o sistema judiciário e nem sempre corresponde às expectativas das partes, gerando frustração e permeando a insatisfação.

A metodologia utilizada compreende a análise teórica, sites oficiais, estatística, participação em congresso (1º congresso brasileiro de práticas colaborativas: 40 anos do divórcio no Brasil – caminhos e conquistas, promovido pelo IBPC – Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas), utilizando-se como técnica de pesquisa a revisão documental acerca do tema.

No primeiro capítulo será abordado os aspectos históricos do acesso à justiça, bem como o estímulo ao tratamento adequado dos conflitos como forma de acesso à justiça.

No segundo, será apresentada a advocacia colaborativa, descrevendo sua origem, conceituando-a e analisando suas principais características.

O terceiro capítulo abordará como as práticas colaborativas podem ser aplicadas ao Direito de Família, especificamente ao divórcio, ressaltando seus benefícios, explicando a importância do trabalho em equipe multidisciplinar, abordado o procedimento colaborativo em geral, em quais casos poderá ser aplicado, como é feito o termo de colaboração e como acontecem as reuniões colaborativas. Por fim, se apresentará uma conclusão da pesquisa idealizada.

2 BREVE HISTÓRICO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, de acordo com Mauro Cappelletti, pode ser definido como o “sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, sendo acessível a todos e produzindo resultados justos”. (CAPPELLETTI, 1998, p.08)

Mauro Cappelletti, em sua análise acerca da evolução do acesso à justiça, explica que o conceito do mesmo tem sofrido uma transformação improtante. Nos séculos XXVIII e XIX, somente tinham acesso à justiça quem pudesse arcar com seus custos, aqueles que não possuíam condições financeiras, ficavam a mercer da própria sorte, pois não poderiam nem mesmo contar com o Estado.

As ações e relacionamentos foram se modificando e adquirindo um caráter mais coletivo, e passou-se a reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, percebendo-se que a atuação positiva do Estado era essencial para assegurar direitos básicos dos cidadãos.

O direito ao acesso efetivo à justiça ganhou maior enfoque quando o Estado passou a munir a população de novos direitos substantivos como consumidores, locatários, empregados e até mesmo como cidadãos, passando a ter grande relevância entre os novos direitos individuais e sociais, “sendo encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI, 1988, p. 12)

Ainda, conforme o autor, também pode-se compreender como acesso efetivo à justiça a igualdade de armas entre as partes, que, no entanto, cofigura-se uma utopia, visto que as diferenças entre elas não podem ser eliminadas totalmente.

Além das custas judiciais já mencionadas acima, que ainda hoje são uma barreira para que se tenha acesso efetivo à justiça, existem outros obstáculos que precisam ser superados, como o tempo que se leva para conseguir uma solução judicial; a possibilidade das partes no que tange aos recursos financeiros; aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa; a desvantagem dos litigantes eventuais face aos litigantes habituais e a dificuldade do cidadão em proteger os interesses difusos.

Esses obstáculos ficam mais acentuados quando se trata de pequenas causas e autores individuais, principalmente os mais pobres. Por outro lado, essas obstruções acabam privilegiando os litigantes organizacionais, que utilizam o sistema judicial para atenderem a seus próprios interesses.

Ressalta-se que todos esses empencilhos não podem ser eliminados um por um, pois muitos obstáculos ao acesso são interrelacionados e determinadas mudanças poderiam melhorar a situação por um lado e criar outros problemas por

outro. Como exemplo é possível citar a tentativa de reduzir as custas judiciais suprimindo a representação por advogado, o que solucionaria a questão financeira, mas prejudicaria as pessoas de baixo nível educacional, que, por serem leigas, provavelmente não teriam a capacidade de defenderem seus próprios direitos, sendo mais prejudicadas do que beneficiadas.

Para solucionar os problemas de acesso à justiça, surgiram as três ondas renovatórias, de acordo com Cappelletti (1988): “A primeira onda foi a assistência judiciária para os pobres; a segunda visava proporcionar representação jurídica para os interesse difusos, principalmente relacionados à proteção ambiental e aos direitos do consumidor; Já a terceira onda, a mais recente, que pode ser chamada de ‘ênfase ao acesso à justiça’, visava atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”. (CAPPELLETTI, 1998, p.31)

A quarta onda, proposta por Kim Economides, é voltada aos “operadores do direito” e pretende expor as “dimensões éticas dos profissionais que se empenham em viabilizar o acesso à justiça, indicando novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico” (ECONOMIDES, 1998 *apud* BACELLAR, 2012)

Segundo Franco Mazier (2016), no Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe normas que reforçaram o caráter social do Estado. Este deve possibilitar que os cidadãos tenham meios de reivindicar seus direitos particulares, através de uma metodologia que garanta o cumprimento dos princípios constitucionais.

Tal metodologia é representada na forma do poder judiciário, que tem o dever de aplicar a disposição legal ao caso concreto, protegendo os direitos dos cidadãos.

De acordo com Maziero, três requisitos são necessários para que se tenha acesso à justiça: “O acesso à justiça, como um dever do Estado civilizado, somente se realiza, quando os cidadãos podem a ele ter (i) acesso, (ii) através de um procedimento adequado, público, célere, barato; e (iii) que o resultado seja efetivo.” (MAZIERO, 2016, p. 21)

Nesse sentido, com a finalidade de facilitar o alcance da população ao sistema judiciário para obter a solução de um conflito, a Constituição Federal de 1988 criou os Juizados Especiais, que permitiam ingressar com uma ação sem o auxílio de advogados, sem custas processuais e sem honorários sucumbenciais em primeira instância.

Ocorre que, a possibilidade de ajuizar demandas sem advogados acabou abarrotando o judiciário de processos e a informalidade que teoricamente deveria trazer celeridade, acabou sobrecarregando o sistema judiciário, assim:

Percebe-se, portanto, um verdadeiro paradoxo. De um lado se tem a redução de custos e burocracia, o que favorece o acesso à justiça quando se fala em Juizados Especiais e à Justiça do Trabalho. Do outro lado, diante da ausência de qualquer riscopor parte do autor, vê-se um excesso no número de demandas, promovendo o aumento da morosidade, o que contraria o acesso à justiça. (MAZIERO, 2016, p 22-23).

Dessa forma, facilitou-se apenas a possibilidade de ingressar com uma ação judicial, mas dificultou-se a obtenção da solução do conflito, já que não se tem uma justiça efetiva, em razão da morosidade. Humberto Teodoro Junior apud Franco Maziero lembra que:

É de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de se obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico. (2015, p. 102)

Assim, considerando que a morosidade não traz efetividade e o excesso de trabalho reduz a possibilidade de se analisar cada caso individualmente, então, na prática, não existe o real acesso à justiça.

Além disso, como consequência, ressalte-se que “os processos são lentos e, em grande parte, ineficazes, já que após anos tramitando, obtém, em várias ocasiões, dificuldades para concluir, com êxito, a fase de execução”. (...) Muitas vezes, “apesar do competente trabalho dos servidores e magistrados, acontecem casos em que as decisões são tomadas sem considerar as normas jurídicas e/ou as provas dos autos, o que prejudica tanto as partes como os advogados.” (MAZIERO, 2016, p. 57-58).

Diante das dificuldades encontradas ao tentar obter a solução de um conflito por meio do judiciário, como a morosidade, as custas judiciais, a incerteza e a ineficiência de algumas decisões, nota-se que o mesmo só deveria ser acionado quando se esgotassem todas as formas de solucionar o conflito em questão, deixando de colocá-lo como primeira opção para resolver determinados problemas.

Consequentemente, surge então a quinta onda, “face ao grande número de processos litigiosos existentes e do índice de congestionamento dos tribunais”, voltada à “saída da justiça (em relação aos conflitos judicializados)”, além da “oferta

de meios adequados à solução de conflitos, dentro ou fora do Estado, no contexto do acesso à justiça como resolução adequada do conflito”. (BACELLAR, 2012, p. 26).

2.1 ONDAS DE SAÍDA DA JUSTIÇA

Em razão do aumento no número de demandas que passaram a serem ajuizadas devido à facilidade do acesso ao poder judiciário, os tribunais passaram a enfrentar grandes dificuldades para resolver os casos, aumentando também a morosidade, o que denominou-se a “crise da justiça ou crise do poder judiciário”. Barcellar (p.30, 2012)

Visando alternativas para tal crise, surge a quinta onda, considerando que existe um grande volume de casos que já ingressaram no judiciário e, para muitos ainda não foi encontrada a solução adequada, planejar a saída da justiça no Brasil se tornou uma necessidade:

No Brasil da pós-modernidade, em face do grande número de processos litigiosos existentes e do surpreendente índice de congestionamento dos tribunais, surge o que qualificamos como uma quinta onda (nossa posição) voltada ao desenvolvimento de ações em dois aspectos: a) de saída da justiça (em relação aos conflitos judicializados); b) de oferta de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado, no contexto do que denominamos (nossa posição) acesso à justiça como acesso à resolução adequada do conflito. É importante, como componente dessa quinta onda, perceber a complexidade das relações entre as pessoas e ampliar o conhecimento de forma interdisciplinar agregando algumas técnicas, ferramentas, mecanismos e instrumentos para enfrentar, tecnicamente (não intuitivamente), o problema social presente em qualquer conflito. (BACELLAR, p.26, 2012).

Nesse sentido, ao propor a saída do judiciário, pretende-se que se abra um leque de opções para que o cidadão possa solucionar seu conflito, devendo o acesso à justiça ser compreendido como acesso à resolução adequada do conflito:

A quinta onda de saída da justiça tem como desafio inicial o de eliminar o estoque de casos antigos e como desafio permanente o de ampliar e manter um leque de opções colocadas à disposição do cidadão para solucionar seus conflitos na forma alternativa adequada (sistema de múltiplas portas – ou multiportas). (BACELLAR, 2012, p. 28)

Dessa forma, é importante ressaltar que não se trata de não mais utilizar o poder judiciário como um mecanismo para resolver um determinado conflito, mas sim em escolher o método adequado para cada caso, já que “um método não é melhor ou

pior do que outro, mas diferente, e deverá ter indicação técnica mais adequada para o caso em análise.” (BACELLAR, 2012, p. 27)

O que deve se ter em mente é que o poder judiciário não pode ser visto como única opção, estimulando a judicialização desnecessária de questões que poderiam ser solucionadas de outras formas mais eficazes, pois ao mesmo tempo em que a judicialização traz benefícios, como permitir ao cidadão fazer valer seus direitos fundamentais, individuais e sociais e exigir o cumprimento da Constituição pelos demais Poderes da República, também pode ser prejudicial porque determina uma intervenção indevida do Poder Judiciário na vida dos cidadãos e em suas relações sociais, além de ser nefasta por desenvolver um indevido ativismo judicial e politizar o Poder Judiciário.

O acesso à justiça, sempre considerado do ponto de vista do Estado, foi apenas formal sem nenhuma efetividade. Percebe-se haver uma gama de causas para as quais o Poder Judiciário é necessário, imprescindível e o único caminho adequado para resolvê-las. Como órgão e Poder que integra o Estado, o Judiciário tem o compromisso de garantir, com independência, o cumprimento da Constituição e as leis do País. Para que o sistema judiciário como um todo possa cumprir o seu papel com eficiência e em tempo razoável (nossa posição), deve ser reservado ao Poder Judiciário, fundamentalmente, causas mais significativas que exijam o controle da legalidade nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos. Todas as demais questões relativas a divergências de interesses, ruídos de comunicação, relações convencionais conflituosas, dentre outras, podem encontrar melhor resolução por outros métodos que não aqueles adversariais originados no modelo público tradicional desenvolvido perante o Poder Judiciário. (BACELLAR, 2012, p. 52-53)

Assim, por causa da judicialização desnecessária de determinadas questões, “deslocou-se a preocupação do acesso à justiça para a saída da justiça de maneira adequada, não qualquer forma de extinguir processos (matar processos) – sem resolução do conflito”, mas buscando novas soluções.

Com a desjudicialização e com o adequado encaminhamento das causas ajuizadas, será possível descongestionar o Poder Judiciário e colaborar com o desenvolvimento dos meios alternativos extrajudiciais de resolução de conflitos. O novo conceito de que o direito de acesso à justiça implica em acesso à resolução adequada dos conflitos (nossa posição) propõe estímulos que viabilizem ao cidadão utilizar um sistema de múltiplas portas. Esse sistema multiportas deverá ofertar meios extrajudiciais, formas (autocompositivas e heterocompositivas) e métodos (consensuais e adversariais) consistentes nos mecanismos de negociação, da mediação, da conciliação e da arbitragem. Caso nenhum deles possa resolver o conflito, a porta oficial de resolução de conflitos com a solução adjudicada, por decisão judicial, deve igualmente estar disponível. O Poder Judiciário deve sempre estar à disposição do cidadão e atuará quando não alcançadas outras

soluções adequadas. Em outras palavras, na impossibilidade de solucionar o conflito por outros meios, aí sim, de forma complementar, o Poder Judiciário deverá apreciar a questão. O cidadão precisa ter à sua disposição várias possibilidades de acesso aos meios necessários e adequados à solução de seu conflito. (BACELLAR, 2012, p. 61-62)

Verifica-se, portanto, que a solução para descongestionar o Poder Judiciário é a desjudicialização e o encaminhamento adequado das causas ajuizadas, através do estímulo de múltiplas portas à disposição do cidadão, com os meios alternativos extrajudiciais de resolução de conflitos, mecanismos de negociação como a mediação, conciliação, arbitragem e, pode-se acrescentar as práticas colaborativas, tema do presente trabalho, a ser analisado mais adiante.

2.2 O ESTÍMULO AO TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

A onda de saída da justiça, denominada por Roberto Bacellar como a quinta onda, trouxe a tona uma reflexão sobre a crise no poder judiciário, sugerindo como solução a desjudicialização de questões relativas a divergências de interesses, ruídos de comunicação, relações convencionais conflituosas, dentre outras que não exijam a interferência do poder judiciário, bem como o tratamento adequado dos conflitos, através do estímulo de múltiplas portas, que proporcione a resolução eficaz para cada caso.

Assim, verificou-se a necessidade de se criar estímulos para o tratamento adequado dos conflitos:

Percebendo a realidade de que as causas, em sua quase integralidade, estão no Poder Judiciário e de que cada vez mais o cidadão tem ajuizado ações – muitas vezes desnecessárias – destinadas a regular suas relações sociais, o CNJ começa a traçar diretrizes que integram a política judiciária relativa ao tratamento adequado dos conflitos e que, bem conduzida, garantirá a sustentabilidade e a eficiência do sistema. Constata-se, muitas vezes, desnecessária a busca por solução do conflito perante o Poder Judiciário e que parte significativa dessas causas ajuizadas poderia ser administrada diretamente pelos interessados (negociação) ou solucionada de maneira extrajudicial mais adequada (mediação ou arbitragem). (BACELLAR, 2012, p. 63).

Nesse sentido, surge a Resolução 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário e dá outras providências, “considerando que o direito de acesso à Justiça, previsto no art.

5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”, instituindo, em seu artigo 1º, a “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. (BRASIL, 2018)

Ao assegurar a solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridades, proporcionará, conseqüentemente, a redução do congestionamento dos tribunais; a redução da excessiva judicialização de conflitos, da quantidade de recursos e da excessiva execução de sentenças; a oferta de outros instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios (como a conciliação e a mediação); o estímulo das práticas de resolução de conflitos já existentes nos tribunais; a uniformização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais e, a disseminação da cultura de pacificação, segundo Bacellar.

Com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, começa-se a criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem as questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores, mesmo em processos heterocompositivos, pois passa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa, na medida em que essa escolha passa a refletir a própria efetividade do sistema de resolução de conflitos.

Nesse sentido, atualmente, o Código de Processo Civil de 2015, que passou a vigorar em 17 de março de 2016, veio reforçando a Resolução 125 do CNJ, juntamente com a lei 13.140/2015 (lei da mediação), onde os meios alternativos de solução de conflitos passaram a ser expressamente estimulados, reconhecendo que existem outras formas de se alcançar a solução satisfatória de outras maneiras, não apenas através de processos judiciais.

Surge então uma nova alternativa para o acesso à justiça, repensando a prática jurídica, trazendo a tona os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem e, nesse contexto, também estão incluídas as práticas colaborativas, que serão abordadas com profundidade em momento oportuno.

Nesse ínterim, destaca-se o incentivo à autocomposição, conceituada por Fredie Didier:

É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional. (DIDIER, 2015, p.165)

Fredie Didier ressalta que o estímulo à autocomposição encontra-se expresso no rol das normas fundamentais do Código de Processo Civil, no artigo 3º, parágrafos 2º e 3º:

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º 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". (DIDIER, 2015, p. 166).

Assim, percebe-se que a solução consensual passa a ser incentivada, promovendo o empoderamento das partes ao terem a possibilidade de resolverem suas questões da forma que melhor lhes atender, sem a interferência Estatal, além de contribuir para a pacificação social.

Além disso, o Código de Processo Civil também dedicou uma seção especificamente para tratar da mediação e da conciliação, que compreende os artigos 165 à 175.

A conciliação, de acordo com Fredie Didier, é "uma forma de solução de conflito, onde um terceiro intervém no processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição." Assim, o conciliador não tem como função resolver o problema, mas tem o papel de "catalisador da solução negocial do conflito", apenas auxiliando as partes a chegarem a um acordo, podendo sugerir soluções para o litígio, sendo a conciliação indicada aos casos onde não há vínculos anteriores com os envolvidos. (DIDIER, 2015, p. 275)

Pode ser extrajudicial ou judicial, neste último caso quando já existe o processo jurisdicional, sendo o conciliador um auxiliar da justiça, onde será aplicado a ele as regras relacionadas ao impedimento e à suspeição, conforme previsto nos artigos 148, inciso II; 170 e 173, inciso II, do CPC, devendo passar por capacitação, nos termos da Resolução 125/2010 do CNJ.

A conciliação que ocorre no âmbito judicial é um procedimento obrigatório em alguns casos, onde antecede à audiência de instrução e julgamento, exceto quando

Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, Barra Mansa, RJ, v.6, n.1, p.187-228, jul. 2021

ambas as partes manifestarem expressamente o desinteresse na composição consensual, podendo o magistrado dispensar a conciliação, conforme o artigo 334, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Já a mediação, regida pela lei 13.140/2015, possui algumas características da conciliação, sendo também um meio alternativo de resolução de conflito autocompositivo, não-adversarial, onde um terceiro imparcial auxiliará as partes a solucionarem determinada questão, visando um acordo benéfico para ambas, sendo indicada para os casos onde haja relações anteriores e permanentes, segundo o artigo 165, parágrafo 3º do Código de Processo Civil, envolvendo questões emocionais, como nas relações familiares, entre amigos, vizinhos, conflitos societários, entre outros.

Da mesma forma que a conciliação, pode ocorrer no âmbito extrajudicial ou judicial, neste último caso, cabendo ao mediador todas as regras relacionadas à suspeição e ao impedimento, por se tratar de um auxiliar da justiça. O mediador também deve passar por capacitação promovida pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, sendo fundamental a sua qualificação para o bom desempenho da mediação.

Diferentemente do conciliador, que pode propor soluções aos interessados, o mediador é apenas um facilitador do diálogo entre as partes.

Outra diferença que pode ser citada é quanto à finalidade e o foco. Enquanto a conciliação tem como principal objetivo o acordo entre as partes, a mediação vai mais além, “tem por finalidade desvendar os verdadeiros interesses, desejos, necessidades (lide sociológica) que se escondem por trás das posições (lide processual), o que, quando ocorre, faz com que naturalmente surja o acordo”. Barcellar (p. 116-117, 2012)

A mediação “foi pensada de modo a empoderar os interessados, devolvendo a eles o protagonismo sobre suas vidas e proporcionando-lhes plena autonomia na resolução de seus conflitos”, podendo trazer muitos benefícios para as partes, já que preza pela preservação da relação entre os envolvidos, facilitando o diálogo entre eles, identificando o real interesse de cada um e conseqüentemente, possibilitando que cheguem a um acordo que atenda a todos. Por esses motivos, também pode ser utilizada na advocacia colaborativa, trazendo os mesmos benefícios e agregando

ainda outras qualidades, como será demonstrado adiante. (BARCELLAR, 2012, p. 117)

Por outro lado, a arbitragem, regida pela lei 9.307/2006, é um método heterocompositivo, em que “um terceiro substituiu a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado”, configurando-se um meio alternativo de solução de conflitos onde as partes elegem uma terceira pessoa para decidir questões acerca de direitos patrimoniais disponíveis. (DIDIER, 2015, p. 154)

A escolha da utilização da arbitragem cabe somente às partes, sem qualquer imposição Estatal. Sendo uma manifestação de vontade, esta precisa ser válida, sendo necessário que as partes tenham capacidade, o objeto deve ser lícito e a matéria arbitrável, ressalta Maziero.

Apesar de ser uma alternativa para que não se recorra ao poder judiciário, a arbitragem ainda possui características bastante semelhantes ao mesmo, devido a sua “natureza eminentemente adversarial”, colocando a “responsabilidade pela sua condução na mão dos advogados e nas mãos do árbitro a decisão do procedimento”, não sendo uma alternativa tão benéfica, pois uma parte geralmente sairá insatisfeita, sendo obrigada a se submeter a uma decisão que possa não atender aos seus interesses, gerando frustrações, assim como no judiciário. (MAZIEIRO, 2016, p.86)

Para que seja dado o tratamento adequado aos conflitos, os operadores do Direito são essenciais, uma vez que “a controvérsia, a lide, a disputa, o conflito de interesses, odissenso e o litígio, fazem parte do dia a diado juiz, do advogado, do promotor de justiça, do defensor, doprocurador, do delegado de polícia”, entre outros, sendo que, muitas vezes, “carecem de conhecimentos específicos sobre os conflitos e suasmotivações, sobre mecanismos autocompositivos e formasconsensuais”. Mazieiro(p. 70, 2012)

Há de se ter em mente que o “direito existe para harmonizar os interesses e alcançar apaz social. Isso não pode ser esquecido pelos operadores jurídicos –que, na prática, algumas vezes, por desconhecimento dessarealidade, têm estimulado a adversariedade.” (BARCELLAR, 2012, p. 70)

Essa falta de preparo pode levar os profissionais da área jurídica a fazerem confusão entre o conflito e a lide, que são coisas distintas e, quando não tratadas de forma adequada, pode causar ainda mais transtornos.

A definição clássica de lide tem sido a de que é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Na verdade, a lide indica apenas parcela do conflito, e não o próprio conflito na sua integralidade. Não se deve confundir a lide – que é apenas uma parcela do conflito – com o próprio conflito. Distingue-se, portanto, aquilo que é levado pelas partes ao conhecimento do Poder Judiciário (lide) daquilo que efetivamente é interesse das partes e integra a complexidade maior das relações que abarca a unidade maior do conflito. Lide processual é, em síntese, a descrição de parcela do conflito segundo os informes da petição inicial e da contestação apresentados em juízo. Analisando apenas os limites da “lide processual”, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito como um todo (lide processual + lide sociológica) conduz à pacificação social. Não basta (nossa posição) resolver a lide processual – aquilo que é levado pelos advogados ao processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos. (BACELLAR, 2012, p. 75)

Portanto, mais do que resolver a lide processual, aquilo que é levado pelos advogados ao processo, é essencial que o conflito seja identificado e solucionado, sendo imprescindível que o advogado tenha capacidade para reconhecer e proporcionar os meios adequados para que isso aconteça.

Nesse sentido, é importante compreender que “hoje se espera do advogado que ele tenha mais recursos para resolver conflitos do que para ajuizar processos. O advogado é um resolvidor de conflitos, não é um ajuizador de processos”, segundo Olívia Fürst. (BEZERRA, 2013)

Olívia ainda destaca que “o judiciário deve se ocupar das situações em que não foi possível resolver de outra forma”, como se o juiz fosse o médico da UTI: deve ser acionado apenas nos casos mais graves, “fazendo uma analogia com a medicina, sempre que for possível resolver uma virose na clínica médica, com menor intervenção possível, melhor. Quando a coisa é mais grave e não for possível resolver com antibiótico, aí sim vamos para a UTI. E ainda bem que a UTI está lá”, ressalta. (BEZERRA, 2013)

Assim, a advocacia colaborativa vai ao encontro dessa perspectiva, considerando que “cada vez mais os advogados têm sido exigidos a conhecerem os métodos extrajudiciais, oferecendo aos seus clientes novos caminhos e ampliando seu leque de atuação para além de um processo judicial na resolução dos conflitos”, em conformidade com o previsto no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, que, em seu art. 2º, inciso VI, prevê que “é dever do advogado prevenir sempre que possível a instauração de processos judiciais”, onde advogados

colaborativos fazem jus a esse conceito, como será analisado a seguir.(DENARDI; MOURA; FERNANDES, p. 63, 2017)

3 ADVOCACIA COLABORATIVA

A advocacia colaborativa, também conhecida como prática colaborativa, assim como a mediação e a conciliação, pode ser considerada um método alternativo de solução de conflitos autocompositivo, não adversarial, que estimula as partes a chegarem a um acordo benéfico para ambas, possuindo algumas diferenças.

Antes de mencionar tais particularidades e conceituar a advocacia colaborativa e os seus benefícios, deve-se entender primeiramente como essa prática originou-se.

3.1 A ORIGEM DA ADVOCACIA COLABORATIVA

A advocacia colaborativa foi criada em Minnesota, nos Estados Unidos, em 1990, pelo americano Stuart Webb, renomado advogado de família.

Em meados de 1989, há 18 (dezoito) anos atuando como advogado na área de família, especificamente em divórcios, Stuart não sentia-se satisfeito com sua profissão, pois estava percebendo os danos que as batalhas judiciais litigiosas causavam em seus clientes, o que consequentemente também o afetava negativamente.

Ao longo de sua carreira, constatou que o divórcio tradicional não era benéfico para a família, já que apenas os advogados negociavam no tribunal, não possibilitando que as próprias partes, marido e mulher, pudessem interagir e, quando isso acontecia, “a pouca interação que tinham era amarga e improdutiva”.

No divórcio tradicional, dois advogados (ou equipes de advogados) negociam em um tribunal. As verdadeiras partes do divórcio – marido e mulher – quase não têm qualquer contato direto um com o outro, e a pouca interação que tenham normalmente é amarga e improdutiva. Prevalecem tensão, medo, raiva e recriminações. Esse processo tradicional torna quase impossível que as partes tenham qualquer coisa remotamente semelhante a uma relação saudável depois do divórcio, mesmo quando há filhos envolvidos. (OUSKY; WEBB, 2017, p 12)

Com isso, observando que a forma com que o divórcio era conduzido nos tribunais tornava quase impossível que existisse uma relação saudável entre as partes

posteriormente, ainda quando os filhos estavam envolvidos, Stuart concluiu que, “mesmo nos casos em que obtinha êxito nas causas de seus clientes, estes nunca ficavam realmente felizes, pois logo percebiam que nos processos litigiosos de natureza familiar não existem vencedores – todos perdem”. (PRÁTICAS COLABORATIVAS, 2018)

Stuart estava prestes a abandonar a advocacia, porque “como litigante de divórcio há tempos, sentia estar vivendo sitiado, simplesmente esperando o começo da batalha seguinte” e, decidiu então entrar para a faculdade, já se preparando para uma nova carreira, quando começou a pensar se de repente não haveria alguma maneira diferente de atuar na advocacia, uma forma melhor de lidar com divórcios. (OUSKY; WEBB, 2017, p 12-13)

Ao refletir sobre novas possibilidades de trabalhar como advogado de família, Stuart resolveu dar mais uma chance à sua profissão. Passou a fazer diversas experiências em seus casos, abordando a prática do Direito de Família de várias maneiras diferentes.

Até que se deparou com um determinado caso, onde acabou se envolvendo “em um dos piores casos de litígio de sua carreira, um verdadeiro mostruário de tudo que há de errado com o litígio (mentiras, truques sujos, ocultação de ativos, intermináveis audiências no tribunal e assim por diante)”. Segundo ele, só esse caso já teria sido suficiente para que se aposentasse. (OUSKY; WEBB, p. 13, 2017)

Durante uma daquelas “medonhas audiências” (conforme denominação do mesmo), passou pela sua cabeça que deveria haver profissionais especialistas à disposição de casais em processo de divórcio para auxiliá-los durante as tentativas de acordos, que pudessem “trabalhar com o casal fora do sistema judicial, e entregassem o caso a advogados de tribunal se, e apenas se, o processo de acordo fracassasse”, colaborando para que todos identificassem seu real interesse e ficassem realmente satisfeitos. (OUSKY; WEBB, p. 13, 2017)

Dessa forma, em 1º de janeiro de 1990, Stuart se declarou um advogado colaborativo, abandonando a conduta adversarial que permeava em seus casos, “empenhando-se na defesa dos reais interesses de seus clientes, mas passando a focar seus esforços exclusivamente na facilitação da construção de acordos, preservando as famílias e renunciando a eventuais litígios relativos àquela demanda”. (GAMA, 2018)

No entanto, ele sabia que a advocacia colaborativa não teria sucesso se fosse o único a praticá-la. Então, apresentou o conceito para outros advogados da área de família e, ao final do ano 1990, existiam nove advogados colaborativos.

Na mesma época, Peggy Thompson, psicóloga especializada em famílias e crianças, começou a trabalhar com advogados e especialistas financeiros, dentre eles Pauline Tesler, advogada especialista em Direito de Família, abordando os conflitos de família de uma forma multidisciplinar, agregando à prática colaborativa profissionais de outras áreas.

Ao longo dos anos, além de adquirir vários adeptos nos Estados Unidos, a advocacia colaborativa foi se disseminando por diversos países, dentre eles Canadá, Itália, Espanha, França, entre outros.

A seguir, para que se possa entender como essa prática obteve sucesso em tantos países, a advocacia colaborativa será devidamente conceituada, onde serão apontados todos os seus benefícios e as características que a tornam um método de resolução de conflitos diferenciado do que já existe aqui no Brasil.

3.2 O QUE É A ADVOCACIA COLABORATIVA?

A advocacia colaborativa pode ser conceituada da seguinte forma:

A advocacia colaborativa consiste em um procedimento extrajudicial sigiloso e não adversarial de resolução de conflitos, de caráter voluntário, sem intervenção de terceiros, nos quais as partes e seus advogados, que se vinculam ao procedimento, buscam, de boa-fé e colaboração mútua, a solução real do conflito. (MAZIERO, 2016, p.38).

Assim, a advocacia colaborativa tem a finalidade de buscar a solução real do conflito, com a colaboração de ambas as partes, juntamente com seus advogados, que, de boa-fé, irão auxiliá-los a chegarem a um acordo, defendendo seus interesses, visando o bem comum de todos.

Cabe ressaltar “que cada parte terá o seu próprio advogado” lhe representando, a diferença é que ambos, advogados colaborativos, atuarão em conjunto de modo a encontrar uma solução que seja viável para os dois, para que se construa um acordo durável e sustentável ao longo do tempo, de forma que atenda às expectativas de futuro que cada um possui. (MAZIERO, 2016, p. 111)

Além disso, é um procedimento que pode ser ainda multidisciplinar:

Diante das especificidades do caso concreto, o advogado avaliará a necessidade de integração à equipe de profissionais colaborativos de outras áreas de conhecimento. O profissional de saúde, com muita frequência, terá uma função importante, na medida em que oferece suporte emocional ao cliente, (funcionando como coach). Advogado e coach atuam lado a lado com um mesmo cliente. Se houver filhos menores, um especialista em desenvolvimento infantil será chamado, se necessário. Se houver patrimônio, dívidas ou simplesmente para ajudar a identificar os valores da contribuição financeira para manutenção dos filhos, um consultor financeiro poderá atuar no caso. Ambos são profissionais neutros e atuam como terceiros avaliadores. (PRÁTICAS COLABORATIVAS, 2018)

Dessa forma, cada caso será abordado de uma maneira específica, a depender de suas particularidades, contando com um especialista neutro, ou seja, imparcial, como um profissional de saúde, um psicólogo, por exemplo, que atuará como um coach, oferecendo suporte emocional para cada cliente.

Se tratar de um conflito familiar onde tenham crianças envolvidas, o especialista infantil poderá integrar à equipe para oferecer todo apoio necessário, considerando que as crianças (que fazem parte da família e vivem com ela todos os dramas relacionados à mesma), são vítimas e muitas vezes sua opinião não é levada em conta, gerando sofrimento e frustração.

O consultor financeiro também poderá contribuir durante o procedimento, nos casos onde houver bens patrimoniais, dívidas, ou até mesmo para ajudar a entrar em um consenso no que tange à pensão alimentícia que será destinada aos filhos e/ou ao outro cônjuge.

Mais adiante, em momento oportuno, será tratado com profundidade a importância da multidisciplinaridade na advocacia colaborativa, sendo analisado neste instante as suas demais características, tais como a extrajudicialidade, a sigilosidade, a não-adversariedade, a voluntariedade e a não intervenção de terceiro.

É um procedimento extrajudicial, já que não é levado ao judiciário a resolução do conflito, onde as próprias partes e seus advogados, com apoio de determinados profissionais, em alguns casos, encontraram a solução adequada ao seu caso, sem a interferência do Estado ou de qualquer outro terceiro, “não sendo necessária a elaboração de uma petição inicial por parte do advogado nem tão pouco esperar a burocracia jurisdicional para que tenha início”. (MAZIERO, 2016, p. 111)

A sigilosidade é muito importante na advocacia colaborativa, por estar ligada à proteção da dignidade humana, na medida em que resguarda a privacidade e a

intimidade das partes envolvidas. A advocacia colaborativa é um método de solução de conflitos não adversarial, isto é, as partes não são adversárias, apesar de cada uma possuir seus próprios interesses (que podem ser diferentes), não significa que estarão em oposição, uma lutando contra a outra, enxergando-a como uma concorrente, acirrando uma rivalidade.

É um método de solução de conflitos não adversarial, isto é, as partes não são adversárias, apesar de cada uma possuir seus próprios interesses (que podem ser diferentes), não significa que estarão em oposição, uma lutando contra a outra, enxergando-a como uma concorrente, acirrando uma rivalidade.

Outra característica da advocacia colaborativa é a voluntariedade, que consiste na autonomia das partes em optarem ou não por tal procedimento, não sendo-lhes imposto de forma alguma, pois “pressupõe o interesse efetivo das mesmas em tentar solucionar a controvérsia por sua via, onde a atitude real se faz imprescindível para que a metodologia seja eficaz. Por isso, o exercício válido da autonomia da parte se faz indispensável”. (MAZIERO, 2016, p. 120).

A advocacia colaborativa, tem ainda, o caráter de tornar as partes protagonistas, dando à elas o poder de tomarem as decisões que considerarem convenientes, de modo satisfatório para todos os envolvidos, sem a intervenção de terceiros. Os advogados e os demais profissionais que poderão colaborar com o procedimento apenas oferecerão todo o suporte necessário para auxiliá-las durante o acordo, mas a decisão a ser tomada caberá exclusivamente à elas.

4 ADVOCACIA COLABORATIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA

A advocacia colaborativa quando utilizada no Direito de Família pode trazer inúmeros benefícios, já que os “conflitos são inerentes à condição humana e que não são em si negativos”, sendo que “o que vai detonar o potencial destrutivo é a sua gestão inadequada”, podendo causar ainda mais transtornos, justificando-se, então, a necessidade de tratar as questões familiares adequadamente, afim de se preservar as relações presentes nesta. (PRÁTICAS COLABORATIVAS, 2018)

Sendo a família a base da sociedade, como assim reconhece a Constituição Federal, em seu artigo 226, possuído especial proteção do Estado, esta deve ser tratada com a devida importância, considerando suas peculiaridades para atender suas necessidades efetivamente.

Considerando que os conflitos de famílias envolvem questões emocionais, muitas vezes não abrangidas pelo direito, a advocacia colaborativa, por ser um método multidisciplinar que envolve o apoio de psicólogos, pode ser o meio adequado, como é o caso do divórcio, uma vez que, de acordo com o IBGE, “o índice de divórcios no Brasil teve um aumento de 161,4% em dez anos (de 2004 a 2014), demonstrando que é um acontecimento estatisticamente natural em nosso país”, não se pode evitar que os casamentos se desfaçam, mas o divórcio pode ser conduzido de uma forma mais humana, preservando os envolvidos, como será analisado a seguir. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, p. 59, 2017)

4.1 ADVOCACIA COLABORATIVA NO DIVÓRCIO

Quando um casamento chega ao fim e os cônjuges não veem outra saída senão o divórcio, este, tradicionalmente, é tratado de forma extremamente negativa, pois ainda existe a visão romântica de que o casamento deveria durar até que a morte os separe, “demonizando o divórcio e transformando o ex-cônjuge em um rival, agravando um dos momentos mais difíceis pelo qual uma pessoa pode passar”. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 59)

O divórcio altera significativamente a vida das pessoas, pois é um momento que envolve muitas emoções, uma fase difícil em que é preciso tomar decisões relacionadas ao fim do casamento e, segundo a escala de Holmes e Rahe de eventos estressantes de vida, o divórcio vem em segundo lugar, depois apenas da morte de um dos cônjuges.

Em meio a esse turbilhão de sentimentos, a constatação de que os sonhos e planos que foram idealizados para serem vividos com aquela pessoa já não existem mais gera frustração e sensação de fracasso, surgindo o desejo de atacar o outro:

A perda da pessoa amada produz aquilo que, em psicologia, contrapondo-se à dor física (no corpo), denomina-se dor psíquica: uma fratura do vínculo amoroso com o outro, uma dissociação relacional (ego-alter), mais precisamente daquele objeto de desejo que foi idealizado como destinado a viver junto, a con-viver, a participar de uma comum-idade. A expressão dessa dor, no entanto, em regra, assume uma dimensão existencial, que coloca em questão o próprio sentido da vida e, às vezes, pode conduzir a uma angústia (desespero) referida como um dilaceramento da alma. (...) Quando o outro se transforma em objeto de desejo, a ele é atribuído um enorme poder. Poder que gera vulnerabilidade, uma dependência que é

sentida como prejudicial à pretensão dignidade do ego. Por mecanismos inconscientes, dentre eles a negação e a formação reativa, a paixão amorosa pode se transformar em paixão odiosa. “Em todo amor existe, latente, um germe de rivalidade, capaz de transformá-lo em ódio. Nada há tão semelhante ao abraço como o estrangulamento”. Odiando, pode-se prescindir do outro. Entretanto, para que isso se cumpra, é necessário atacá-lo e destruí-lo. A pulsão amorosa se transmuta na pulsão tanática. O ódio passa a ser, então, a sombra do amor. Nesse quadro, o amor (a-mors = não à morte) converte-se no seu oposto. Já não se morre de vida, mas vive-se de morte. (TRINDADE; MOLINARI, 2011, p. 171-173)

É nesse momento que nasce o desejo de vingança, onde os casais, dominados por ressentimento, “optam por distanciar-se um do outro e encontram a necessidade de repassar responsabilidades a um juiz para que, em seu nome, tome as decisões que surgem do rompimento”:

Ao juiz restaria manifestar-se nos limites do âmbito jurídico, a respeito de um processo nascido pela distorção das emoções dos envolvidos e que, por isso, por mais coerentemente que decida, não irá satisfazê-los em seus reais interesses. Inocente seria pensar que todas as emoções que permeiam o contexto do divórcio, contudo, iriam se resolver com a propositura de uma demanda judicial. Na tentativa de aliviar sua dor e culpar o ex-parceiro por toda a frustração do fim do casamento, a busca por uma sentença de procedência no Poder Judiciário, acaba por potencializar o conflito existente entre os cônjuges.(DENARDI; MOURA; FERNANDES, p. 60, 2017)

Ocorre que, “geralmente esses processos instalam uma ‘verdadeira guerra’ entre os cônjuges e, no confronto de um contra o outro, todos perdem”. Dessa forma, buscar o judiciário para propor o divórcio litigioso pode não se uma boa opção:

O litígio parece não ser a melhor solução para os conflitos gerados pelo rompimento e as questões referentes à reorganização da vida familiar. As sentenças daí decorrentes são proferidas dentro de molduras legais que não dão conta dos anseios e necessidades de todos os envolvidos.(DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 60)

Além disso, ainda que se reconheça que em processos envolvendo conflitos familiares como o divórcio não há vencedores, optando por um acordo, este nem sempre obtém êxito, ou, “muitas vezes, mesmo celebrando o acordo, posteriormente a questão acaba indo parar no judiciário”, como explica Olivia Fürst:

Ainda que os conflitos familiares – em especial o divórcio – sejam tradicionalmente abordados como questões a serem resolvidas na lógica adversarial do processo, é facilmente perceptível que disputas desta natureza não têm vencedores. Quem já os vivenciou tem plena consciência dessa realidade. Por isso, é comum que ex-adversos inicialmente concordem que, em tais situações, o melhor caminho seja o acordo. Entretanto, nem sempre logram êxito ou, muitas vezes, mesmo celebrando o acordo, posteriormente a questão acaba indo parar no Judiciário. Isto ocorre porque (i) em uma negociação tradicional continuamos a atuar como adversários, pelo simples fato de que somos litigantes em potencial e a negociação é marcada pela

barganha; (ii) tratamos das questões financeiras, psicológicas e emocionais, típicas de um divórcio, com um olhar estritamente jurídico; e (iii) a ideia de representação do advogado inibe o protagonismo por parte dos clientes. (FÜRST, 2014)

Nesse sentido, já que o divórcio envolve questões emocionais e não somente jurídicas, percebe-se que muitas vezes o judiciário não consegue abranger os aspectos psicológicos que permeiam entre os envolvidos.

A necessidade de compreender os aspectos psicológicos (...) para além dos aspectos jurídicos decorrentes do divórcio deve-se à percepção de que a separação, enquanto condição de fato, e o divórcio, enquanto condição jurídica, implicam também um processo psicológico que corresponde a um conjunto de sentimentos, pensamentos e comportamentos destinados à resolução do conflito emocional subjacente. Os processos jurídicos e psicológicos que envolvem o divórcio, na maioria dos casos, não se resolvem de uma maneira homogeneia e linear. Muitas vezes, o conflito judicial é solucionado, mas o conflito emocional permanece incandescente, tanto para os pais, quanto para os filhos, principalmente quando ainda crianças. (TRINDADE; MOLINARI, 2011, p. 168-169)

Portanto, observando-se que o divórcio é um evento da vida muito delicado, que tradicionalmente é abordado na lógica adversarial do processo e, uma vez que o poder judiciário não consegue corresponder às expectativas dos envolvidos, surge a necessidade de se buscar outros meios que possam atender a necessidade dessa família, de uma forma que possa considerar todas as particularidades que envolvem cada caso, inclusive os aspectos psicológicos, preservando a relação familiar, principalmente quando há filhos.

Nesse íterim, a advocacia colaborativa pode contribuir extremamente para que os casos de divórcio sejam tratados de forma mais humana, pois consiste em uma metodologia que visa o benefício de todos, levando em consideração o real interesse de ambas as partes, ajudando a construir uma perspectiva de futuro, por meio de acordo extrajudicial, baseado no diálogo, sem a adversariedade (onde um perde e o outro ganha), além de ser um procedimento multidisciplinar, que oferece suporte emocional através de psicólogos, que atuam como coaches, especialistas infantis, para apoiar os filhos que também sofrem com todas as mudanças vivenciadas e especialista financeiro, para auxiliar nas questões econômicas existentes, de maneira que equilibre o novo orçamento familiar.

Conforme já abordado no item 2.1, foi exatamente a constatação de que o judiciário não estava sendo benéfico para os casos de divórcio que incentivou Stuart Webb a desenvolver a advocacia colaborativa, passando a atuar de maneira não

Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, Barra Mansa, RJ, v.6, n.1, p.187-228, jul. 2021

adversarial e extrajudicial, percebendo que o litígio causava efeitos devastadores nas famílias, especialmente nas crianças.

A advocacia colaborativa permite que os aspectos psicológicos do divórcio sejam devidamente abordados, contribuindo para que os ex-cônjuges passem pelo luto de forma mais amena, modificando a visão romântica do casamento e a de que o divórcio é necessariamente algo ruim, fazendo-os compreender que é “uma transição normal e previsível da vida”, “estatisticamente normal”, já que “aproximadamente metade das pessoas que se casam irá passar pelo divórcio”, pois “entender o que é normal durante transições humanas previsíveis ajuda as pessoas a mobilizarem suas forças para atravessar as grandes mudanças de maneira construtiva e saudável, independentemente de ter sido desejado ou não.” (TESLER; THOMPSON, 2017, p. 28-30)

Isso é possível em razão da multidisciplinaridade, uma das principais características da advocacia colaborativa, já mencionada brevemente anteriormente, permitindo a inclusão de outros profissionais que de fato possuem a capacidade para lidar com essas questões, como um profissional da área de saúde mental, atuando como coach, que “além de formação na área da saúde mental e capacitação em práticas colaborativas, precisa ter amplo conhecimento nas dinâmicas de família, do divórcio e do comportamento humano em situações de crise.” (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 64)

Os coaches oferecem incentivo emocional, ensinam como lidar com o estresse e também habilidades de comunicação, exploram preocupações relativas a cuidados parentais e ajudam a assegurar que as necessidades, as preocupações e os sentimentos de ambos os cônjuges sejam entendidos e expressados de modo construtivo. (TESLER; THOMPSON, 2017, p. 54)

Assim, os coaches auxiliam a “melhorar a qualidade de comunicação e a tomada de decisões durante o processo de negociação do divórcio”, facilitando o diálogo entre as partes, ressaltando que cada um terá o seu próprio coach e poderão se reunir tanto separadamente quanto em conjunto. (TESLER; THOMPSON, 2017, p. 54-55)

É importante destacar que, “ainda que se exija do profissional conhecimento em técnicas terapêuticas, sua atuação durante o procedimento colaborativo não é considerada terapia”, pois “a condução do trabalho é breve, focada nas questões relativas ao divórcio e se desenvolve de modo diverso do trabalho de um terapeuta

pessoal, por isso, não é possível que este profissional seja aquele que já mantém ou venha a manter relação continuada com o cliente”, já que “o foco da atividade não é o de reparar os danos causados pelo divórcio, mas auxiliar o desenvolvimento de habilidades para lidarem com a negociação e a reconstrução de sua vida após a ruptura”.(DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 64)

O coach ajuda o casal a perceber as dificuldades pessoais que surgem nesse momento, “informando-os sobre o que esperar neste período de mudanças, auxiliando na identificação de posturas que impactam o outro cônjuge e assistindo-os na criação de um plano parental funcional e adequado”, quando há filhos envolvidos, “promovendo a mudança de padrões de interação e possibilitando que, independentemente da configuração familiar, haja exercício apropriado da coparentalidade”, uma vez que, apesar da ruptura da relação entre marido e mulher, a família permanecerá:

Romper a relação conjugal não coloca fim aos laços parentais (nem extingue a família), ocorre uma reorganização familiar que impõe aos genitores a necessidade de estabelecerem um diálogo, a fim de que, priorizando o convívio familiar, possam superar suas diferenças e assegurar o direito dos filhos de crescerem com a presença de ambos em suas vidas.(DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 65)

Nesse sentido, além de contribuir para o “fortalecimento emocional necessário para enfrentar as incertezas dessa etapa”, desenvolvendo “competências necessárias ao diálogo, necessário ao bom desenvolvimento das negociações entre as partes”, o coach também auxilia na reorganização familiar, ajudando a perceber que a família não está se rompendo e que cada um terá fundamental importância na manutenção do vínculo com os filhos.(DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 65)

Os filhos, principalmente quando pequenos, sofrem demasiadamente com as mudanças trazidas pelo divórcio, já que “a maioria das abordagens não incluem mecanismos para envolver as crianças de uma forma construtiva, ficando fora do processo, sem direito a se manifestar e sem uma oportunidade significativa de participar nas decisões que irão afetá-las”. (TESLER; THOMPSON, 2017, p. 145)

Segundo Jorge Trindade e Fernanda Molinari, o conflito entre os pais, a perda de um membro da família devido à passagem para outra casa, as dificuldades econômicas que costumam aumentar, novos domicílios e novos vizinhos, talvez uma nova escola, novos professores e colegas, tudo isso parece instaurar outra ordem

familiar, exigindo novas posições de cada um dos membros da família e, além disso, estas mudanças tornam-se mais significativas, de acordo com a faixa etária e a fase de desenvolvimento psicológico que a criança se encontra no momento do divórcio. (TRINDADE; MOLINARI, 2011, p. 176)

Muitas vezes, “as crianças passam a ser mensageiras dos pais, levam e trazem recados, são vistas como arma de ataque e, às vezes, como espiã sobre a vida do progenitor não-custódio”, sendo frequente “a criança ouvir os pais se agredirem e se denegrirem mutuamente”, o que a deixa confusa e dividida, principalmente quando questionada “com quem quer ficar, ou de quem ela gosta mais, sentindo como se devesse escolher entre a mãe ou o pai, como se, ao escolher ficar com um, não pudesse mais ficar com o outro”, configurando a alienação parental:

A manipulação do comportamento da criança pode contribuir para o desenvolvimento da Alienação Parental, compreendida esta, consoante dispõe o artigo 2ª da Lei nº 12.318, como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (TRINDADE; MOLINARI, 2011, p. 178)

A alienação parental é bastante comum nos casos de divórcio, onde não há amparo psicológico para os pais durante esse momento de conflitos, gerando consequências terríveis para os filhos, como “depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psico-social normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa e isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla ou múltipla personalidade e, em casos extremos, tentativa de suicídio”, podendo ser somatizado, quando a criança desloca seus conflitos emocionais para o corpo, “através de sintomas como enurese, diurna ou noturna, distúrbios do sono, perda do apetite, vômitos, febre, faringite, asma entre tantos outros”. (TRINDADE; MOLINARI, 2011, p. 179)

Por ser uma metodologia que se preocupa com as crianças durante o divórcio, a advocacia colaborativa inclui um especialista infantil, “para preservar os filhos e possibilitar sua participação de forma protegida, um especialista em desenvolvimento de crianças e adolescentes irá auxiliar os pais a compreenderem o momento dos filhos nesse processo de ruptura conjugal”, integrando a equipe de divórcio colaborativo. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 67)

O especialista infantil é um “profissional habilitado na área de saúde com formação específica e experiência em sistemas familiares, desenvolvimento infantil e nas necessidades das crianças e adolescentes durante e depois do divórcio”, assegurando seus interesses, possibilitando que tenham um “lugar privado e seguro no qual possam fazer perguntas, compartilhar sentimentos, expressar necessidades e abordar problemas relativos ao divórcio”, acrescentando importantes informações do ponto de vista da criança às bases sobre as quais se está construindo o plano de cuidados parentais, “dando às crianças uma oportunidade rara de verbalizar seus pensamentos e preocupações e de serem ouvidas nas questões que são importantes para elas, sem terem de se sentir divididas em sua lealdade”. (TESLER; THOMPSON, 2017, p. 59)

Com isso, garantem que “as questões emocionais das crianças sejam consideradas pelos pais e demais membros da equipe”, assegurando que “todos trabalharão na construção de um plano parental responsável e adequado àquelas crianças, afastando-se da ideia de que existe um ‘molde’ que configure o ideal para cada família”.(DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 67)

O especialista infantil trabalhará em conjunto com o coach e, assim como ele, não se confunde com um terapeuta, visto que sua atuação é breve e pontual, não podendo manter relacionamento com os clientes, já que “sua intenção não é lidar com distúrbios emocionais extremos, mas enfatizar as mudanças e os desafios relacionados ao divórcio”, além de ser confidencial, assim como os demais profissionais colaborativos, “não possuindo permissão para testemunhar contra ou a favor de qualquer um dos pais em qualquer ação judicial que um possa propor contra o outro”. (TESLER; THOMPSON, 2017, p. 146)

Após conversar separadamente com a criança, o especialista infantil se reúne com os pais juntamente com os coaches, e transmite as necessidades identificadas, “oferecendo importantes visões que de outra forma poderiam passar despercebidas”, permitindo que a “abordagem do divórcio vá muito além da ideia convencional de que questões relacionadas aos filhos podem ser resolvidas por um pedaço de papel prescrevendo as regras de ida e volta das crianças entre duas casas”. (TESLER; THOMPSON, 2017, p. 146)

Assim, percebe-se o quanto a psicologia está relacionada ao direito, “não apenas porque dividem o mesmo objeto, mas, principalmente, porque direito e

psicologia necessitam estabelecer um diálogo para que os frutos da justiça possam ser plenamente alcançados”, justificando a importância da multidisciplinaridade, “não apenas para uma compreensão maior e melhor da conflitualidade que envolve adultos num divórcio, mas, para entender a criança, cuja proteção deve ser integral”. (TRINDADE; MOLINARI, 2011, p. 180)

Além do coach e do especialista infantil, o especialista financeiro também poderá integrar à equipe, ajudando a planejar o futuro financeiro de acordo com a nova realidade, considerando que o “divórcio provoca uma diminuição do padrão de vida da família, pois os rendimentos que eram destinados à manutenção de uma só residência, passarão a ser utilizados para amparar duas diferentes”. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 67)

O especialista financeiro colaborativo, “que pode ser um contador ou um administrador qualificado, auxilia no levantamento de informações financeiras e na preparação de planilhas de divisão de bens e orçamentos provisórios”, diferenciando-se de outros profissionais da área por possuírem “treinamento adicional e especial como analista financeiro de divórcio, além de experiência como membro de uma equipe interdisciplinar de divórcio colaborativo”. (TESLER; THOMPSON, 2017, p. 56)

O especialista financeiro é um profissional neutro, “por trabalhar de modo imparcial, diversamente dos demais profissionais da equipe, que, embora enxerguem a família de forma sistêmica, atuam de forma parcial em relação a quem os contratou”, já o primeiro, “por buscar o equilíbrio entre os clientes, por meio da informação técnica financeira, que equaliza as diferenças e cria uma situação mais igualitária”, trabalha para ambas as partes buscando o melhor para elas. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 66)

Em razão das dificuldades para reorganizar as finanças logo após o divórcio e, por muitas vezes os casais desconhecerem as implicações econômicas decorrentes, faz-se necessário um auxílio especializado, “verificando os interesses, objetivos e expectativas dos clientes, de forma transparente, fazendo um levantamento da realidade financeira e patrimonial da família, pois um entendimento completo da situação facilitará a interação adequada entre eles” e, após a análise de cenários, “elaborando planilhas e orçamentos, podendo sugerir formas de gerir os recursos existentes, evitando perdas financeiras previsíveis e garantindo a otimização dos recursos de todos”. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 66)

Da mesma forma que os demais profissionais mencionados, “o especialista financeiro não deve ter relação prévia ou futura com os clientes, sendo essa independência ainda mais cristalina devido à credibilidade que lhe é atribuída em razão da sua condição de neutralidade”. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 66)

Além do coach, especialista infantil e financeiro, ou ainda outro profissional neutro que seja necessário durante o procedimento, como avaliador de imóvel, por exemplo, pode-se incluir um mediador para ajudar a “solucionar questões potencialmente difíceis, que, por meio de suas habilidades, podem dar uma nova perspectiva a um problema específico”. (OUSKY; WEBB, 2017, p. 171)

Com a equipe multidisciplinar auxiliando a família a enfrentar todas as dificuldades de um divórcio, aliados à advogados colaborativos capacitados para orientar seus clientes, trabalhando em cooperação para chegarem a acordos benéficos para todos, a advocacia colaborativa no divórcio se mostra uma alternativa para minimizar os efeitos negativos que causam nas pessoas envolvidas, proporcionando amparo emocional e financeiro, que não é abrangido em nenhuma outra metodologia convencional.

4.2 DIVÓRCIO TRADICIONAL X DIVÓRCIO COLABORATIVO

Primeiramente, antes de comparar o divórcio tradicional com o divórcio colaborativo, é necessário compreender o histórico do divórcio no Brasil, com um breve relato acerca dos aspectos principais.

No Brasil, o divórcio só se tornou possível após a edição da Emenda Constitucional nº 9, seguida da lei 6.515/77, lei do divórcio, “possibilitando apenas a conversão em divórcio de separação judicial há mais de três anos, e o divórcio direto para os casos transitórios de separação de fato há mais de cinco anos”. Somente a partir da Constituição Federal de 1988, o divórcio “poderia ser requerido por um ou ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.” (GAGLIANO, 2011, p. 82-84)

Desde 2007, passou a ser possível que a separação e o divórcio fossem realizados pela via administrativa, mediante escritura pública, ou seja, de forma extrajudicial, com a edição da lei 11.441/2007.

Com a Emenda Constitucional 66/2010, “a separação judicial foi suprimida do ordenamento jurídico, não cabendo mais a discussão de culpa pelo término do casamento, havendo, tão somente, o pedido de dissolução do vínculo conjugal”. (TRINDADE; MOLINARI, 2011, p. 179). Assim, ao longo dos anos, o divórcio sofreu diversas mudanças, acompanhando a evolução da sociedade e rompendo com a ideia imposta pela igreja de que o casamento deveria ser eterno, sendo que “hoje apenas se justifica a medida em que estiverem presentes o afeto e o desejo de viver em conjunto, não se discutindo a culpa pelo fim da relação, que apenas fomentava ressentimentos e desejos de vingança”. (FÜRST, 2017)

Dessa forma, observa-se que tais mudanças possibilitaram a “aplicação do princípio da função social da família, a promoção da dignidade de cada integrante do núcleo familiar, bem como a criação da ambiência necessária à realização pessoal e à busca da felicidade”. (GAGLIANO, 2011, p. 82)

Atualmente, o divórcio pode se dar de duas maneiras: consensual ou litigiosa, sendo que o divórcio consensual ocorre de forma amigável, quando o casal concorda com todos os termos relacionados ao mesmo, como eventual partilha dos bens, guarda dos filhos e o valor devido a título de pensão alimentícia. Já o divórcio litigioso ocorre quando não há consenso sobre qualquer dos pontos sobre o mesmo, sendo necessário a intervenção do judiciário para resolver o conflito de interesses.

O divórcio litigioso sempre se dará no judiciário, sob a intervenção do juiz para determinar como os conflitos serão solucionados. O divórcio consensual, no entanto, pode acontecer tanto no âmbito judicial, quanto extrajudicial, sendo este último uma faculdade entre as partes, podendo o casal sem filhos menores de 18 anos ou incapazes, sem conflito de interesses e sem estado gravídico requerer o divórcio por escritura pública em cartório, de acordo com o artigo 733 do CPC/2015 e a Resolução 35/2007 do CNJ.

De acordo com a presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família do Distrito Federal, Renata Nepomuceno e Cysne, o divórcio extrajudicial é uma importante ferramenta para o descongestionamento da atividade jurisdicional e permite o pleno exercício da autonomia privada, o que resulta em menor intervenção do Poder Judiciário, proporcionando maior celeridade, economia para os cofres públicos, além de evitar judicializar questões que poderiam ser solucionadas extrajudicialmente, em pleno atendimento ao princípio da autonomia privada.

Ainda segundo Renata Cysne, o divórcio consensual realizado pela via judicial tem como escopo apenas a homologação da vontade das partes, não havendo qualquer espaço para a discussão de culpa no processo. A decisão não dificulta o procedimento de divórcio, uma vez que deixa claro pertencer às partes a escolha pelo procedimento que melhor lhe atenda, sendo importante observar que a via extrajudicial tem se mostrado mais célere, importando em economia para o Estado, além de produzir os mesmos efeitos. (IBDFAM, 2017)

Verifica-se, portanto, que o divórcio extrajudicial, em razão da celeridade, é mais benéfico em relação ao judicial, ainda que consensual, já que o judiciário não é a melhor alternativa para quem deseja resolver determinados conflitos.

Assim, apesar do divórcio extrajudicial ser a melhor opção, assim como acontece no divórcio colaborativo, o modelo de divórcio tradicional não abrange questões que a metodologia colaborativa proporciona.

A primeira diferença entre o divórcio tradicional e o colaborativo é em relação ao perfil adversarial dos advogados que atuam em divórcios tradicionais, seja consensual ou litigioso, extrajudicial ou judicial, fazendo as pessoas ingressarem na “dinâmica adversarial do processo, não contribuindo para o fortalecimento da parceria parental, gerando prejuízos para o emocional dos filhos, que pode resultar no custeio de tratamentos psiquiátricos/psicológicos futuramente”. No divórcio colaborativo, os advogados atuam mutuamente em benefício das partes, trabalham em conjunto para chegarem a melhor solução, colaboração esta que é assegurada pelo termo de não litigância, que cria um ambiente seguro e sem ameaças, favorecendo o diálogo. (FÜRST, 2013)

Outra diferença é o apoio de demais profissionais que não é oferecido no divórcio tradicional, onde as partes podem apenas contar com mediadores e conciliadores, mas que, por serem imparciais, apenas facilitam o diálogo, não podendo intervir profundamente em questões que o ex-casal não esteja conseguindo lidar. Já o divórcio colaborativo possibilita que as partes tenham suporte psicológico para lidar com as dificuldades que o divórcio traz, onde cada um terá um profissional da área de saúde, geralmente um psicólogo, que atuará como um coach, auxiliando nas questões emocionais envolvidas.

Além disso, o divórcio colaborativo também oferece suporte emocional para os filhos, que sofrem com o divórcio, principalmente quando menores. Por meio

de especialistas infantis, as crianças são ouvidas, o que pode contribuir para que as decisões tomadas levem em consideração o melhor interesse da criança, prevenindo conflitos futuros, o que não acontece no divórcio tradicional, onde os psicólogos participam apenas quando há indícios de alienação parental ou outra condição onde a criança esteja vulnerável, atuando como um perito do judiciário, quando solicitado.

No divórcio tradicional também não há um especialista financeiro, como acontece no divórcio colaborativo, ficando tais atribuições a cargo dos próprios advogados, que nem sempre possuem preparo para lidar com tais questões, onde o patrimônio por vezes é “partilhado sem planejamento, apenas conforme o regime de bens, o valor dos alimentos é determinado com base em percentuais usuais, muitas vezes sem considerar peculiaridades da família”. (FÜRST, 2013)

Outro aspecto relevante é quanto aos custos, no que tange a remuneração dos advogados, considerando que, “para os advogados de família, quase nunca o processo judicial é compensador em termos de honorários, na medida em que sua duração é imprevisível e é preciso manter uma estrutura de acompanhamento processual por anos”. Já o advogado colaborativo não ganha menos que um advogado litigante, mas é remunerado como qualquer outro, podendo ajustar, por exemplo, “um valor de (i) pró-labore, (ii) valor da hora de reunião de negociação (time sheet), e (iii) valor a título de êxito, inclusive com a cobrança de percentual sobre o patrimônio, como determina a tabela de honorários mínimos da OAB”. (FÜRST, 2013)

Em relação aos custos para o cliente, “o processo colaborativo pode parecer mais caro em um primeiro momento, mas seu custo final é menor do que o ajuizamento de processos judiciais”, uma vez que pagará honorários advocatícios, honorários do profissional de saúde (coaches) e, se for o caso, 50% dos honorários do especialista infantil e 50% dos honorários do especialista financeiro, que serão rateados com a outra parte. Já o divórcio litigioso implica em honorários advocatícios para o ajuizamento de pelo menos três demandas (divórcio com partilha, guarda e convivência, e alimentos), calculados com base no longo tempo que o advogado dedicará ao caso, taxas judiciais, recursais, eventualmente honorários de peritos, despesas com produção de provas, etc, tornando-se bem mais oneroso que o procedimento colaborativo. (FÜRST, 2013)

Apesar de tantos benefícios, sabendo-se que a advocacia colaborativa visa dar o tratamento adequado ao conflito existente, verifica-se que a mesma não será

indicada para todos os casos de forma generalizada, fazendo-se necessário preencher determinados requisitos, afim de que seja aplicada corretamente, trazendo todos os benefícios almejados.

4.3 CASOS EM QUE PODERÁ SER APLICADA

Embora tenha se originado no âmbito do Direito de Família, a advocacia colaborativa pode ser aplicada “em qualquer conflito em que as partes possam negociar e é altamente recomendável nos casos em que existe a necessidade da manutenção da relação entre os envolvidos”, sendo utilizada em “conflitos familiares, em empresas familiares, relacionados à herança e sucessões, empresariais, de disputa entre sócios, de responsabilidade civil, entre outros em que seja possível celebrar um acordo privado”, abrangendo até mesmo outras áreas do direito, tais como o Direito Empresarial e o Direito Societário. (NETO, 2016)

No entanto, para que a advocacia colaborativa seja utilizada é necessário verificar a presença de alguns requisitos, tais como a sua aplicabilidade no que tange a capacidade das partes e a possibilidade e adequação do objeto; a identificação do real problema; a elaboração do termo de colaboração e, por fim, a realização das reuniões colaborativas.

Primeiramente, deve-se analisar dois requisitos básicos, relacionados às partes e à matéria objeto da divergência:

O primeiro passo para a aplicação da Advocacia Colaborativa consiste em verificar a presença de seus requisitos mínimos. Tais requisitos se referem às partes e à matéria objeto da divergência. Em relação às partes, são necessárias duas verificações prévias: (i) a capacidade jurídica e (ii) a aptidão subjetiva para utilização da metodologia colaborativa. (MAZIERO, 2016, p. 158)

No que tange às partes, é necessário que tenham a capacidade jurídica, assim definida por Maria Helena Diniz:

Da análise do art. 1º do Código Civil surge a noção de capacidade, que é a maior ou menor extensão dos direitos e dos deveres de uma pessoa. De modo que, a esta aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de gozo ou de direito*. A capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despiando-o dos atributos da personalidade. Entretanto, tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática (deficiência

mental). Aos que assim são tratados por lei, o direito denomina “incapazes”. Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial. (DINIZ, 2012, p. 167-168)

Dessa forma, é necessário que as partes possuam capacidade jurídica, ou seja, devem possuir a aptidão para exercer por si os atos da vida civil, afim de que possam tomar decisões livremente durante o procedimento colaborativo, de forma válida e eficaz.

Cabe ressaltar que a advocacia colaborativa se limita ao direito privado, não sendo possível a sua aplicação no direito público:

Entretanto, é indispensável se verificar que as práticas colaborativas se limitam ao direito privado, não sendo possível a sua aplicação em relação ao Direito Público. O Brasil, como se sabe, rege-se segundo as regras da *civil law*. A inexistência de um regramento específico deste procedimento no Brasil poderá se mostrar, portanto, como um de seus maiores empencilhos. Esta falta de normatização afasta qualquer possibilidade de aplicação da Advocacia Colaborativa para temas de direito público. (MAZIERO, 2016, p. 160-161)

Portanto, “não havendo norma permissiva da aplicabilidade da advocacia colaborativa no ambiente público, sua esfera de atuação se limita às relações privadas nas quais se envolvam pessoas capazes”. (MAZIERO, 2016, p. 161)

A aptidão subjetiva também é um importante requisito a ser analisado, já que a advocacia colaborativa consiste em um procedimento voluntário, “é necessário verificar se a parte e o advogado efetivamente têm sintonia com a metodologia colaborativa.” (MAZIERO, 2016, p. 162)

Tanto as partes quanto os advogados devem agir baseados na boa-fé. Assim, de acordo com Maziero, devem ser utilizados dois filtros para concluir se o procedimento colaborativo é ou não o melhor caminho a seguir, sendo o primeiro filtro direcionado às partes, que serão analisadas pelos advogados afim de perceberem se suas condutas e seus objetivos são pertinentes para se alcançar um acordo ou se a via tradicional, por meio de litígio, não seria mais conveniente. Essa análise é fundamental para distinguir as reais intenções das partes envolvidas, pois caso não estejam dispostas a colaborar para construir um acordo, fornecerão o mínimo de informações e ainda guardarão estratégias para eventual litígio no futuro, tornando a

advocacia colaborativa apenas um “meio para se obter documentos ou informações a serem utilizadas de maneira impertinente e indevida.” (MAZIERO, 2016, p. 162)

O advogado, ao perceber que o cliente possa representar um risco ao procedimento colaborativo, Não deve enveredar por tais caminhos, devendo ou recusar o cliente, ou indicá-lo outra via mais adequada. Esta percepção tem critérios subjetivos por parte do advogado atuante no caso, que deve perceber, ou tentar perceber, nas reuniões de triagem quais questionamentos extremamente importantes serão feitos para obter, na medida do possível, dados que permitam: (i) perceber se o cliente tem perfil para participar da Advocacia Colaborativa; (ii) se o cliente efetivamente tem interesse na solução da controvérsia e não pretende apenas obter vantagens documentais ou de informações perante a outra parte; (iii) se o cliente realmente sabe qual é o problema que precisa ser resolvido (o objetivo). (MAZIERO, 2016, p.163)

Em razão dos motivos expostos acima, compreende-se a importância de identificar se o cliente possui ou não uma postura em sintonia com a metodologia colaborativa, ou poderia acabar distorcendo-a, piorando o conflito já existente.

O segundo filtro é destinado aos próprios advogados, uma vez que infelizmente estes podem ser um empecilho para a advocacia colaborativa, pois não conseguem cooperar com as demais partes e advogados, acostumados a agir como gladiadores na defesa de seus clientes, habituados a comportamentos estratégicos para prejudicar a parte contrária. Então, a conduta dos advogados envolvidos também deve estar em sintonia com a advocacia colaborativa para que esta seja eficaz.

No que tange à matéria em que a advocacia colaborativa poderá ser aplicada, esta deverá restringir-se aos direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, “aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade para tanto”. (CARMONA, 2006, p. 56)

De acordo com Maziero, há discussões acerca da utilização da advocacia colaborativa em relação às áreas onde exista a proteção específica para as partes hipossuficientes, como nas relações de emprego ou consumerista.

Em razão da proteção que se deve ter com o empregado, considerando que “as normas do direito do trabalho são imperativas, inafastáveis pela vontade das partes”, a advocacia colaborativa não seria indicada ao direito individual do trabalho, no entanto, poderia-se cogitar tal possibilidade no âmbito do direito coletivo do trabalho. (CARRION, 2014, p. 19)

No que diz respeito ao direito do consumidor, segundo Maziero, uma vez que existe “a possibilidade de consumidor e fornecedor transacionarem extrajudicialmente, haveria também a possibilidade de utilização da advocacia colaborativa”, sabendo-se que, caso sua aplicabilidade não ocorra da forma correta, poderia resultar na “eventual banalização do instituto e possibilitar discussão quanto à validade da metodologia”. Porém, se aplicada corretamente, traria inúmeros benefícios, “na medida em que haveria maior celeridade, menos volume de demandas e maior economia, por um projeto estruturado, adequado e razoável, no qual não se esqueça a hipossuficiência do consumidor, mas que permita tratativas específicas para cada caso”, poderia permitir a aplicação da Advocacia Colaborativa no âmbito das relações de consumo. (MAZIERO, 2016, p. 166-167)

O segundo requisito que deve ser analisado para aplicar a advocacia colaborativa é a identificação do real interesse, já que “muitas vezes o problema real de um litígio não é aquele que aparenta ser”, como lembra Maziero:

Cabe ao causuídico identificar de maneira correta qual é o problema real, o interesse verdadeiro de seus cliente para que tenha capacidade de o auxiliar com eficiência e ética. Algumas vezes, nem mesmo o cliente sabe o que quer ou qual o seu interesse. (...) A capacidade do advogado em identificar o interesse real define se o procedimento terá êxito ou não. Isto porque a maioria dos clientes pretende *ad initio* indenização pecuniária, quando, na realidade, a resolução pode se dar por formas completamente diferentes e inesperadas. (MAZIERO, 2016, p. 168-169)

Nesse sentido, é fundamental que o advogado seja sensível e tenha a capacidade de identificar qual é o real interesse das partes, para que o procedimento colaborativo seja eficaz no que se refere à propositura do acordo ideal, que corresponda às expectativas dos envolvidos, até mesmo para lhes convencer de que a advocacia colaborativa poderá ser o meio mais indicado ao determinado caso, contribuindo para que fiquem realmente satisfeitos.

Após preenchidos os requisitos acima, uma vez que as partes e seus advogados decidem utilizar a metodologia colaborativa, convencidos de que este consiste no meio mais adequado ao caso em questão, deverão assinar o termo de colaboração ou termo de participação, como já mencionado anteriormente.

4.4 TERMO DE COLABORAÇÃO (OU PARTICIPAÇÃO)

O termo de colaboração é o documento que vincula as partes e os advogados à advocacia colaborativa, que determinará os procedimentos a serem seguidos, com o objetivo de “colocar os quatro participantes de acordo e comprometidos com os mesmos princípios”. (OUSKY; WEBB, 2017, p. 165)

Tal documento constitui-se um contrato plurilateral e, sendo incluído na categoria dos negócios jurídicos, é necessário também que o objeto seja lícito e a forma prescrita em lei.

No que tange à forma, o indicado é que seja escrita, ou seja, formal, para que dê maior segurança às partes quanto ao cumprimento dos princípios e procedimentos da advocacia colaborativa. No entanto, deve-se ressaltar que “no Brasil, não há disposição legal a respeito, portanto, de acordo com o princípio da legalidade, não seria vedado o termo de colaboração oral”. (MAZIERO, 2016, p. 176)

No documento deve constar a cláusula de confidencialidade, que geralmente estará atrelada a uma sanção, para que nenhuma das partes tenha interesse em violá-la, sendo de suma importância para a “aplicação do princípio da transparência e da correição, necessários ao deslinde do feito,” conforme explica Maziero:

Esta cláusula é de suma importância, pois ela permitirá e incentivará a aplicação dos princípios da transparência e da correição, fazendo com que as partes e advogados se sintam confortáveis em trabalhar de maneira aberta, baseadas na boa-fé, de forma a apresentarem os documentos necessários ao deslinde do feito. (MAZIERO, 2016, p. 178)

Além da cláusula de confidencialidade, é necessário que o termo de colaboração estabeleça também as cláusulas negociais processuais, ou seja, as regras que serão aplicadas caso uma das partes viole o termo e busque o poder judiciário.

Tais regras são relativas ao que está previsto no artigo 190 do Código de Processo Civil, onde determina que versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, podendo convencionar, por exemplo, “a suspensão do processo por determinado lapso temporal ou até mesmo as regras que estabelecerão a ordem de prioridade probatória, revelando documentos

que tenham sido obtidos exclusivamente por meio da advocacia colaborativa”, conforme sugere Maziero. (MAZIERO, 2016, p. 178)

É importante ressaltar que, um dos principais objetivos do termo de colaboração é que, como já mencionado, ao vincular o advogado a tal procedimento, este “estará renunciando expressamente ao direito de representar os respectivos clientes em eventual litígio daquela matéria, fazendo com que estimule seus clientes a alcançar uma solução positiva no procedimento colaborativo”. Esse pacto de não litigância é o maior diferencial da advocacia colaborativa em relação aos demais meios de soluções de conflitos. (MAZIERO, 2016, p. 177).

Assim, após elaborar o termo de participação, o mesmo deverá ser analisado e verificado pelas partes e advogados, para que todos assinem depois de sanadas quaisquer dúvidas, na primeira reunião colaborativa, que é onde o procedimento colaborativo efetivamente se desenvolve.

4.5 AS REUNIÕES COLABORATIVAS

As reuniões colaborativas são extremamente importantes para a advocacia colaborativa, pois é onde o procedimento se desenvolverá na prática.

Apesar de reuniões de conciliação acontecerem entre clientes e advogados em abordagens litigiosas tradicionais, as regras e o estilo das reuniões colaborativas são totalmente diferentes. As reuniões colaborativas são conceituadas por Maziero como sendo “o encontro das partes envolvidas e apenas das partes envolvidas, seus respectivos advogados e especialistas contratados, que compõem um procedimento concatenado e organizado para auxílio na obtenção final do êxito negocial”. (MAZIERO, 2016, p. 179)

Ou seja, a reunião se dará entre as partes envolvidas e seus advogados e, quando necessário, o especialista contratado, para que possam estabelecer os procedimentos que serão desenvolvidos afim de se obter um acordo ao final. É essencial que as reuniões aconteçam em um ambiente seguro, para que as partes sintam-se confortáveis uma em relação à outra e aos advogados, “bem como se sintam confortáveis para exporem suas opiniões, sem receio de questionamentos ou de críticas”, podendo ocorrer no escritório de um dos advogados colaborativos, o que, além de reduzir custos, retira o problema do local central, como a residência das pessoas envolvidas ou a sede da pessoa jurídica. (MAZIERO, 2016, p. 180)

As reuniões devem girar em torno de quatro passos: Identificar questões; Coletar fatos; Descobrir soluções e negociar soluções. Cada um dessas etapas são importantes e por isso não devem ser surpimidas, devendo ser seguidas e orientadas pelo advogado.

A primeira reunião é muito importante, pois é onde se estabelecerá o tom que conduzirá a relação entre os envolvidos, que deverão sentir-se seguros e confortáveis, “o clima, pois, deve ser ameno, respeitoso, polido e quebrar o paradigma dos relacionamentos entre advogados e partes contrárias em um litígio, que costumeiramente é permeado por desconfiança”. (MAZIERO, 2016, p. 183). Será esclarecido quais são os objetivos do procedimento, bem como eventuais dúvidas que possam ter permanecido, para que possa-se revisar e assinar o Termo Colaborativo, firmando o compromisso entre todos os envolvidos.

Ainda será estabelecido a metodologia a ser utilizada nas próximas reuniões, quais serão as etapas subsequentes do procedimento, quais documentos e informações iniciais as partes deverão buscar, os assuntos que deverão ser priorizados, o local e a data das próximas reuniões e se será necessário a contratação de um especialista neutro.

Finda a primeira reunião, é importante fazer a minuta, com um resumo de tudo o que ocorreu durante a mesma, devendo incluir uma lista de tarefas que foram acordadas e passadas como dever de casa, além de conter a pauta da reunião seguinte.

Logo após, acontecem as reuniões intermediárias, não sabendo-se quantas serão necessárias até que se obtenha um acordo viável, considerando que cada caso possui suas particularidades. É onde ocorrerá a identificação dos objetivos, a coleta de informações, o desenvolvimento de opções e a negociação das opções. Quando todos esses passos são seguidos rigorosamente, há grandes chances de se chegar a um acordo, já que as partes “expuseram seus objetivos, suas sugestões e discutiram todas elas”, construindo elas mesmas a solução adequada. (MAZIERO, 2016, p. 195)

A reunião final acontece geralmente quando se obtém êxito com o procedimento colaborativo, pois quando isso não ocorre e por algum motivo o mesmo não é levado adiante, será interrompido durante as reuniões intermediárias.

É onde ocorre a assinatura do documento final, o Termo Final de Colaboração, que “trata-se do acordo resultante das negociações, consistindo no resultado positivo

da advocacia colaborativa, formando entre as partes um documento com caráter obrigacional e que poderá, inclusive, torna-se um título executivo". (MAZIERO, 2016, p. 195). Quando as partes conseguem chegar a um acordo, é na última reunião que irão assinar o termo final de colaboração, que as obrigará a cumprir o que foi estabelecido, podendo tornar-se um título executivo, caso o mesmo não se seja cumprido espontaneamente, com a finalidade de se fazer cumprir o acordo na justiça.

Cabe ressaltar que não é esse o intuito do termo final de colaboração, considerando que o mesmo foi constituído com a participação das partes de modo a melhor atender o interesse de todos os envolvidos, não havendo necessidade de execução pelas vias judiciais, não havendo justificativa para que não se cumpra o acordado.

Posteriormente, nos casos em que houver necessidade, o acordo é encaminhado ao poder judiciário para que, ouvido o Ministério Público, seja homologado, como ocorre nos caso em que envolvem menores, por exemplo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho possibilitou a análise da advocacia colaborativa no direito de família, em especial no divórcio, apontando os benefícios dessa metodologia para lidar com as dificuldades enfrentadas no momento em que um casamento se desfaz, de modo que a família seja preservada, principalmente os filhos.

Os objetivos foram atingidos, ao analisar como as práticas colaborativas podem contribuir para a desjudicialização dos conflitos e para a reformulação da prática do divórcio no direito brasileiro, repensando a atuação dos advogados no Direito de Família, que deixam de ter uma postura adversarial e passam a atuar pacificamente, buscando um acordo de forma célere duradoura, possibilitando a preservação das relações familiares no futuro.

Ao longo do desenvolvimento do trabalho, foi possível perceber que o divórcio colaborativo é uma opção mais benéfica, na medida em que oferece apoio de outros profissionais, abrangendo principalmente os aspectos psicológicos envolvidos, que muitas vezes é negligenciado no divórcio tradicional, seja ele judicial ou extrajudicial.

Este trabalho possui uma grande relevância não só para o mundo jurídico, ao estimular a mudança no perfil adversarial dos operadores do direito, mas também para

a sociedade, devido a implementação dessa metodologia inovadora para lidar com os conflitos, desestimulando os envolvidos a delegarem ao magistrado questões sentimentais, que sobrecarregam o sistema judiciário, contribuindo para que as pessoas sejam as protagonistas de suas próprias histórias, ao conseguirem resolver suas questões pacificamente e de forma equilibrada, com a ajuda de profissionais capacitados.

Constata-se que a pesquisa não se esgota por aqui, podendo prosseguir abordando, por exemplo, como difundir o divórcio colaborativo, tanto entre os advogados quanto na sociedade, verificando a aplicabilidade prática, os obstáculos a serem enfrentados e desenvolvendo meios para que futuramente essa metodologia cresça a cada dia no Brasil, entretanto, fica para um novo seguimento da pesquisa.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção saberes do direito; 53).

BEZERRA, Elton. Advocacia colaborativa ganha força e adeptos no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, 7 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-07/advocacia-colaborativa-ganha-forca-adeptos-brasil>. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 de 29/11/2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 04 abr. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2006.

CARRION, Valentim. **Comentários às consolidações das leis do trabalho**. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

PRÁTICAS COLABORATIVAS. **Práticas colaborativas na área de família.**

Disponível em: <http://praticascolaborativas.com.br/home/na-area-de-familia.php#oque>. Acesso em: 11 abr. 2018.

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.

DIDIER JUNIOR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil** 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESCALA de Holmes-Rahe para avaliação do estresse. Disponível em: http://www.novaera.org/saude/avaliacao_stress.html. Acesso em: 07 maio 2018.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Casal pode escolher se a ação de divórcio consensual será pela via judicial ou extrajudicial. **IBDFAM**, 06 dez.2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6520/Casal+pode+escolher+se+a+a%C3%A7%C3%A3o+de+div%C3%B3rcio+consensual+ser%C3%A1+pela+via+judicial+ou+extrajudicial>. Acesso em: 25 maio 2018.

FISCHER, Roger. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução: Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Imago., 2005.

FÜRST, Olívia. Advocacia colaborativa no direito de família. **OAB/RJ**, fev. 2014. Disponível em: <http://www.oabrj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/18018-Advocacia-colaborativa-no-Direito-de-Familia>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

FÜRST, Olívia. Do litígio à colaboração, 40 anos do divórcio no Brasil. **Revista Tribuna do Advogado**, out. 2017.

FÜRST, Olívia. **Práticas colaborativas no direito de família**. Prêmio Innovare, X Edição X, 2013. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//praticas-colaborativas-no-direito-de-familia>. Acesso em: 20 maio 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Mônica Ribeiro de Andrade. **Práticas colaborativas: uma nova forma de advocacia que combina parcialidade e colaboração**. Disponível em: <http://praticascolaborativas.com.br/home/artigo.php?codigo=51> Acesso em: 11 abr. 2018.

CONGRESSO Brasileiro de Práticas Colaborativas traz como tema os 40 anos da Lei do Divórcio no Brasil. **G1- Rio de Janeiro**, 09 nov. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/congresso-brasileiro-de-praticas-colaborativas-traz-como-tema-os-40-anos-da-lei-do-divorcio-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

GOUVEA NETO, Flávio de Freitas. **Direito colaborativo**. Disponível em: <https://freitasgouvea.jusbrasil.com.br/artigos/342524898/direito-colaborativo> Acesso em: 24 abr. 2018.

MAZIERO, Franco Giovanni Matedi. **Manual da advocacia colaborativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OUSKY, Ronald D; WEBB, Stuart G. **O caminho colaborativo para o divórcio: o método revolucionário que, sem recorrer ao tribunal, resulta em menos estresse, custos menores e crianças mais felizes**. São Paulo: Instituto brasileiro de práticas colaborativas, 2017.

TESLER, Pauline H; THOMPSON, Peggy. **Divórcio colaborativo**: a maneira revolucionária de reestruturar sua família, resolver problemas legais e seguir adiante. São Paulo: Instituto brasileiro de práticas colaborativas, 2017.

TRINDADE, Jorge; MOLINARI, Fernanda. Divórcio: do processo psicológico, do luto e dos efeitos na criança. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 70 set./dez. 2011, p. 167-181