

A MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Márcia Maria T. Ayres¹

RESUMO

O presente trabalho trata de um tema bastante importante no ramo do Direito da Família e busca demonstrar a relevância do papel do mediador na solução de possíveis lides, e maneira a seguir a legislação e contribuir para um resultado satisfatório para as partes envolvidas. A mediação de conflitos, parte da ideia de que um terceiro consiga observar com mais clareza e, obviamente, pautado na legislação vigente, chegar a resultados mais positivos, podendo chegar a este resultado de várias formas, como algo mais intrusivo ou de uma maneira mais simples, através de técnicas de solução de conflitos, discutidas durante a presente pesquisa de Revisão Literária, doutrinas e legislação, através do trabalho do advogado especializado em soluções alternativas. Demonstrando-se conceitos e suas aplicações, verifica-se que há maior segurança com relação ao cumprimento dos acordos, uma vez que estes não são impostos pela lei para as partes, fazendo com que se sintam responsáveis pelo cumprimento do acordo, chegando a um consenso formal.

Palavras-chave: Direito de Família. Mediação de Conflitos. Consenso.

ABSTRACT

This paper deals with a very important theme in the Family Law field and seeks to demonstrate the relevance of the mediator's role in the solution of possible disputes, and to follow the legislation and contribute to a satisfactory outcome for the parties involved. Conflict mediation, based on the idea that a third party can observe more clearly and, obviously, based on current legislation, can achieve more positive results, and can achieve this result in various ways, such as something more intrusive or more simple, through conflict resolution techniques, discussed during this Literary Review research, doctrines and legislation, through the work of the lawyer specializing in alternative solutions. By demonstrating concepts and their applications, it is found that there is greater certainty regarding compliance with the agreements, since they are not imposed by law to the parties, making them feel responsible for compliance with the agreement, reaching a consensus formal.

KEYWORDS: Family right. Conflict Mediation. Consensus.

¹ Bacharel em Direito pela UNIESP-SP. Curso de Extensão sobre Imigração e Constituição Americana no Ambra College (Orlando-FL).

1. INTRODUÇÃO

A necessidade de uma ferramenta de buscar no judiciário uma solução para os conflitos de interesse que surgem em várias situações da sociedade, inclusive no Direito de Família, objeto dessa pesquisa, obrigando o poder judiciário a se adaptar às novas situações, buscando resolver conflitos antes de chegar na atuação jurisdicional.

É notória a burocracia e a demora de um processo judicial, na espera por uma resolução para um litígio, pois a quantidade e a lentidão causa muito transtorno para o sistema, em geral..

Nesse contexto, entra a mediação e a conciliação, que tem a proposta de buscar soluções para a divergência de interesses e ideias, ao contrário do modelo tradicional, que nem sempre encontra a justiça para as partes, surgindo como uma alternativa para solução do conflito, mais rápida e com possibilidade de diálogo em benefício de todos

Nota-se a relevância do tema, a partir da exposição dos conceitos sobre conciliação, mediação e arbitragem, como diferentes maneiras de solução de conflitos, com requisitos e fundamentos diferentes um do outro, mas disponíveis para que os interessados decidam sobre qual o método que mais se adéqua ao adequado ao seu caso.

Analisando-se as informações, qual a importância da mediação de conflitos no Direito da Família?

No primeiro capítulo, este trabalho traz breve histórico sobre os institutos da mediação, arbitragem e conciliação, bem como conceitos sobre mediação e conciliação e arbitragem, a fim de demonstrar as diferenças entre os institutos. No segundo capítulo, aparecem os conceitos sobre o mediador e seu papel neste trabalho, finalizando com as considerações finais

2. BREVE HISTÓRICO DE FAMÍLIA

O Direito de Família é considerado um dos ramos do Direito onde há maior intervenção estatal, notadamente pelo seu alto interesse público na tutela de lides da família, sendo que, essa intervenção, na história da legislação nacional, sempre aconteceu a partir da incidência de normas de ordem pública que regulavam, e, atualmente, ainda regulam o instituto, porém de maneiras diferentes.

No Brasil, essa situação é melhor visualizada que sempre houve leis reguladoras para o assunto, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, principalmente, com a promulgação do Código Civil de 1916 que reconhecia apenas uma espécie de família, a família matrimonial

e patrimonialista, excluindo da tutela jurisdicional as demais entidades familiares e os filhos que não fossem concebidos na constância do casamento.

A família patriarcal era, à época, o pilar central da legislação, tendo como prova o fato do casamento ser indissolúvel e a incapacidade da mulher, a qual era encarregada apenas da função de colaboradora dos encargos familiares, enquanto o marido era o chefe da sociedade conjugal.

No que se refere à filiação, havia distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, tendo a origem da sua filiação registrada no momento do nascimento, refletindo-se na esfera patrimonial, como demonstra o artigo 377 deste Código: “quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”.

Segundo o Professor Sílvio Rodrigues (2002, p.11):

Já foi afirmado acima que a família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Daí a atitude do legislador constitucional, proclamando que a família vive sob a proteção especial do Estado. O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares [...] (RODRIGUES, 2002)

Em razão desse tratamento intervencionista conferido ao Direito de Família pelo Código de 1916, parte considerável da doutrina civilista passou a sustentar que este ramo do Direito, pertenceria ao Direito Público e não ao Direito Privado.

Nota-se que sempre houve uma ampla intervenção do Estado no Direito de Família, que obteve diferenciações com o desenvolvimento do Estado Social e, principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo então, novamente, apresentado um novo modelo de célula familiar, agora com ênfase aos princípios e direitos conquistados pela sociedade.

A partir da Constituição Federal de 1988, aconteceu o surgimento de um efeito civil, pela constitucionalização do Direito Civil, responsável pela interferência direta de princípios no âmbito das relações privadas, como a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade na construção de famílias, solidariedade entre os membros da família, igualdade entre cônjuges bem como dos filhos, o pluralismo familiar, a afetividade, a família monoparental, entre outros.

Esses princípios foram direcionados ao Direito de Família, e a partir deles foi concebido um novo conceito de família, baseado na união através do amor e afeto recíprocos.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma profunda mudança no Direito de Família, abandonando a ideia de que a família era constituída unicamente pelo casamento, de forma patriarcal e hierarquizada, seguindo o que já ocorria à época através da construção doutrinária e jurisprudencial, dando espaço a modelos mais abertos, conforme dispõe o artigo 226, afirmando que a família deixa de ser singular, passando a ser plural, tendo várias formas de constituição.

Os conflitos familiares se diferenciam de outros tipos de conflitos em razão de suas peculiaridades e, considerando-se essas peculiaridades, é necessária uma forma diferenciada para a resolução destes litígios familiares, sendo que a mediação familiar se apresenta como o meio mais apropriado para o tratamento de conflitos em família.

Para Cézar Ferreira e Verônica Motta, “a família é a primeira promulgadora de leis da vida do indivíduo”. Sendo que o grande desafio da mediação é, para buscar o consenso, o equilíbrio emocional e interpessoal, nesse sentido, vislumbra-se a mediação como medida viável para a resolução dos conflitos surgidos no âmbito familiar. No direito de família, procura-se isso primeiramente entre os cônjuges, e, após, entre eles e seus filhos.

Segundo Liane Thomé afirma que a mediação familiar é recepcionada pelos princípios que norteiam o Código Civil Brasileiro. Adverte a autora que a mediação se apresenta como um processo de gestão de conflitos, e oferece ao núcleo familiar um ambiente propício à negociação, a escuta, a autodeterminação, que devem ser seguidas após a concretização de um rompimento conjugal, por exemplo.

Esse procedimento ajuda no fortalecimento dos laços familiares e faz com que os envolvidos assumam suas responsabilidades pelos seus atos. Através do diálogo trata o conflito, inclusive na questão dos filhos, que muitas vezes são usados como instrumento de agressão contra o outro.

Com a mediação, os pais conseguem visualizar que o filho merece proteção e que não pode ser usado como arma contra o outro. 108 A mediação é um processo informal. Ela leva os envolvidos a construírem suas próprias decisões, que devem ser mutuamente aceitas, possibilitando a continuidade da relação, prevenindo qualquer tipo de inimizade.

Nos conflitos familiares as questões a serem resolvidas são complexas, e a família consegue reestabelecer a comunicação com a mediação, sendo que essa técnica ajuda na resolução de questões emocionais, sendo a vingança deixada de lado para dar lugar ao bom senso.

No direito de família, pode ser a mediação eficaz, pois incentiva a procura por um ambiente digno para o diálogo entre familiares. Ivan Aparecido Ruiz relata um exemplo para que se entenda melhor a dinâmica e o objetivo final da mediação.

O direito de família por ser muito dinâmico tem conflitos familiares frequentes. Neste contexto, segundo João Roberto da Silva, “a mediação em matéria de família tem por objeto a família em crise”.

Quando a entidade familiar sofre com algum problema em sua estrutura e seus membros ficam vulneráveis, a mediação pode oferecer ambiente confortável e com capacidade para ouvir todos os envolvidos no conflito. Nesse procedimento, a solução pode aparecer mais rapidamente e de forma menos onerosa. Tem-se esse meio de resolução como uma nova maneira de abordagem para casais, pais e filhos, irmãos, parentes, enfim, todos aqueles que possam estar ligados a determinado núcleo familiar.

A mediação no direito de família é bastante usada em situações envolvendo guarda de filhos, alimentos, separações e divórcios, preceituando que nesses casos: “[...] deve ter em vista o respeito à família e à cultura da sociedade na qual é adotada, assim como a família é o pilar da sociedade, a mediação vem em sua defesa e em seu fortalecimento, estimulando-se o seu valor para o exercício da cidadania” (SILVA, 2004).

Por fim, o resultado obtido pode ser aquele que de fato era esperado havendo esforço conjunto. Sendo assim, a mediação tem seus alicerces baseados na cooperação entre os conflitantes e no auxílio do mediador, no sentido de propiciar um ambiente favorável ao diálogo, fonte inicial e final para o encontro do acordo.

2.1 Surgimento da mediação no Direito Brasileiro

A prática de mediação como forma de resolução de conflitos tem registros de longa data em várias culturas ao redor do mundo. De acordo com os ensinamentos de Rozane Cachapuz, sua existência remonta aos idos de 3.000 a.C. na Grécia.³⁵

As culturas islâmicas também têm longa tradição de mediação e, em muitas sociedades pastoris tradicionais do Oriente Médio, os problemas eram solucionados em uma reunião comunitária dos idosos, em que os participantes discutiam, debatiam, deliberavam e mediavam para resolver questões tribais ou intertribais críticas ou conflituosas.

Nas áreas urbanas, o costume local tornou-se codificado em uma lei, que era interpretada e aplicada por intermediários especializados, sendo que estes oficiais exerciam não apenas funções judiciais, mas também de mediação.

O hinduísmo e o budismo, e as regiões que eles influenciaram, têm uma longa história de mediação. As aldeias hindus da Índia têm empregado tradicionalmente o sistema de justiça panchayat, em que um grupo de cinco membros tanto media quanto arbitra as disputas. (RODRIGUES JÚNIOR, 2007)

De acordo com Stella Breitman e Alice Porto:

apesar de não haver um marco inicial preciso a respeito da mediação, há registros de 24 na década de 1950, sendo que essa prática era o principal recurso para a resolução de conflitos desde a antiguidade. Ainda, era muito utilizada na era antiga do Japão, o que persiste até os dias atuais, havendo inclusive legislação desde a Segunda Guerra Mundial dispor a respeito da mediação.

Sendo assim, nota-se que a mediação sempre foi um instrumento utilizado para solucionar os conflitos existentes nas sociedades, mas cabe ressaltar que somente a partir do século XX, a mediação passa a ser um sistema estruturado e, desde então, largamente institucionalizada por diversos países, tais como: França, Inglaterra, Irlanda, Japão, Noruega, Bélgica, Alemanha, entre outros.

No Brasil, a mediação começou a ser utilizada na década de 1980 nas esferas trabalhistas, empresarial e comercial. Porém, a mediação familiar começou a ser introduzida apenas na década de 1990 e seguia as vertentes Argentina e Francesa, sendo que a primeira seguia o modelo Norte Americano, privilegiando a negociação; e a última que foi inserida no Código de Processo Civil do país, passando, portanto, a ser inserida no ordenamento jurídico nacional.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015 é notável que o mesmo valoriza sobremaneira a adoção de meios consensuais e pode colaborar decisivamente para o desenvolvimento de sua prática entre as pessoas, principalmente por fazer menção à mediação em várias oportunidades ao longo dos seus dispositivos, o que não tinha sido feito em nenhum código anterior. Entretanto, o mesmo só entrou em vigor em 18 de março de 2016 o que causou alguns conflitos em relação à Lei de Mediação (Lei nº 13.140) que foi publicada em 26 de junho de 2015.

A mediação é definida no Novo CPC como o procedimento onde o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Já na Lei da Mediação ela é definida como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A alteração ritual mais significativa no procedimento estratificado no Novo CPC, frente ao velho procedimento ordinário, é a existência da audiência de mediação ou conciliação em sequência à apresentação da inicial pelo autor e antecedendo a resposta do réu (artigo 334 do Novo CPC).

Sendo assim, o Novo CPC permite que a audiência do artigo 334 do Novo CPC não se realize mediante consenso das partes quanto ao desinteresse no consenso, manifestado antes da data aprazada para o ato (§§ 4o e 5o). Entretanto, sendo designada audiência de mediação, as partes não poderão obstar sua realização mediante consenso, haja vista que a disciplina do inciso I do § 4o do artigo 334 não se aplica à mediação, vez que subtraída da disciplina geral do Código pela existência de diploma especial e posterior (Lei de Mediação).

Nesse sentido, a possibilidade de dispensa da audiência de mediação pelas partes restou suprimida pela nova Lei de Mediação, no que esta torna obrigatória sua realização (artigos 3o e 27). A partir disso, temos que a parte de mediação do Novo CPC está revogado pela Lei de Mediação, que é posterior e especial, no que as disciplinas não sejam conciliáveis, ilação que tem reflexos absolutamente substanciais, tudo a demandar a atuação do intérprete na conciliação dos diplomas normativos.

A mediação apresenta-se como meio de solução de conflitos, independente de ajuizamento de processo judicial, visto que ela pode ser extrajudicial ou judicial – quando é feita após a proposição do litígio. A mediação extrajudicial deve ser buscada espontaneamente pelas partes.

Dessa forma, o mediador, com técnicas envolvidas no conflito evidenciem esforços para encontrar solução ao impasse, buscando preservar os relacionamentos que precisam ser mantidos. Nesses casos, o mediador será escolhido pelas partes. Sobre ele recaem as mesmas hipóteses legais de impedimento ou suspeição que incidem sobre os magistrados, previstas no art. 145, do novo CPC.

Já na mediação judicial quem realiza as audiências é um mediador indicado pelo tribunal, ou seja, o juiz é quem designa, não estando este condicionado a uma prévia aceitação das partes. Sendo assim, o juiz designará a audiência de mediação quando receber a petição inicial, numa tentativa pré-processual de solução do litígio. ou, o processo seguirá em curso normal.

Os mediadores judiciais são os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas capacitados, devidamente selecionados e inscritos no registro de mediadores das seccionais da OAB. A mediação tem como característica a celeridade, torna-se muito mais rápida que o judiciário.

Garantido a participação das partes por meio de diálogo, consegue prestar uma verdadeira efetividade ao acesso à justiça, principalmente no que tange a resolução de controvérsias familiares.

Assim, entende-se que a mediação se apresenta como o meio mais adequado para a solução dos conflitos familiares, a mediação pode ser definida como a solução de conflitos não estatal, onde um terceiro, o mediador, profissional devidamente preparado, se coloca entre as partes e fomenta uma solução autocomposta em que ambas saiam ganhando.

Segundo Walsir Edson Rodrigues Júnior (2007, p. 75).

a mediação é: [...] o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador não tem poder decisório nem influencia diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos. (RODRIGUES JÚNIOR, 2007).

A palavra mediação tem origem no latim *mediare*, que significa mediar, intervir, colocar-se ao meio. Nesse sentido, a mediação se apresenta como uma forma amigável e colaborativa de solução das controvérsias, buscando sempre a melhor solução aos envolvidos.

De acordo com Stella Breitman e Alice Porto: "(...) a mediação é um processo de gestão de conflitos, não adversarial, aonde um mediador, imparcial, ajuda os envolvidos a chegarem à resolução do conflito, consensualmente."

O mediador também ajuda a eliminar as adversidades, proporcionando às partes um diálogo produtivo, podendo estas chegar num acordo e, assim, o diálogo se mostra indispensável aos envolvidos para que possam através da comunicação, necessitando da troca de informações para que cada parte demonstre as suas intenções e façam concessões para que, não só possam resolver o litígio, como também promover a reaproximação das partes.

Acredita-se importante não confundir mediação e conciliação, já que a primeira é um meio de solução de conflitos e a segunda é o fim, resultado dos meios alternativos de resolução de conflitos, ou seja, o acordo entre as partes.

O conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedado que se valha de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

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

De acordo com Rozane da Rosa Cachapuz, a conciliação diferencia-se da mediação, no sentido de buscar soluções ignorando as causas que ensejaram o conflito, sendo ainda diferente também da arbitragem, pois esta dá poderes ao árbitro de trazer obrigatoriamente uma sentença ou solução.

Segundo Mauro Cappelletti, “A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de julgar as partes vencedoras e vencidas”.

De acordo com Pedro Barbosa Ribeiro e Paula Ribeiro, há uma ressalva em relação aos direitos indisponíveis, “existem direitos aos quais as partes não podem renunciar, como o direito a alimentos, à liberdade, à vida, que não podem, por si mesmo, ser objeto de conciliação. São os chamados direitos indisponíveis”.

Já a mediação possui características próprias que se apresentam da seguinte forma: privacidade, economia financeira, oralidade, reaproximação das partes, autonomia das decisões, equilíbrio das relações entre as partes.

A privacidade está presente no fato de que o processo de mediação deve ser desenvolvido em um ambiente sigiloso de conhecimento apenas das partes e do mediador, não podendo ser divulgadas quaisquer informações do que ocorre durante as sessões de mediação, só podendo ser quebrado esse sigilo através de decisão judicial ou por atitude de política pública.

A economia financeira e de tempo está presente pelo fato de que no processo de mediação, por colocar as partes para tomar as próprias decisões diante do conflito, tende a resolvê-los num tempo muito menor do que se a questão fosse levada ao poder judiciário. Sendo assim, podemos afirmar que as partes já chegam ao processo de mediação com suas decisões praticamente tomadas, sendo apenas auxiliadas pelo mediador, economizando tempo e, de certa forma, dinheiro, pois quanto mais longa a demanda, maiores são os gastos.

Por sua vez, a oralidade se destaca no sentido de que as partes debatem, dialogam a respeito dos problemas visando encontrar soluções. A oralidade também acaba relacionando-se com a reaproximação das partes, visto que, através do diálogo e do consenso a mediação.

Quando se busca o tratamento do problema, possibilita-se que as partes acabem reaproximando-se, e a relação é restaurada, mas a reaproximação das partes é uma das características que mais diferencia o processo de mediação do sistema judiciário.

Pois enquanto o poder judiciário dá importância aos fatos, sem a preocupação com o relacionamento que as partes possam ter uma com a outra, um dos objetivos da mediação é a reaproximação das partes, visando à restauração das relações entre os indivíduos.

A autonomia das decisões diz respeito à questão da decisão tomada pelas partes através do consenso e, esta decisão não necessita de homologação judicial, já que os próprios envolvidos, através de suas autonomias, escolhem o que melhor lhes convém, decidindo, portanto, pela melhor solução a ser dada ao conflito, sendo o mediador o responsável pela orientação das partes, podendo apenas intervir nos casos de decisões imorais ou injustas.

No que diz respeito ao equilíbrio das relações entre as partes, é preciso para o sucesso nas negociações de mediação, que exista a igualdade de posição das partes para que não haja nenhuma interferência de qualquer sentimento que possa fazê-las tomarem decisões que não desejam. Por isso, cabe ao mediador identificar e equilibrar essa situação, dando amparo à parte mais fraca até que ambas as partes estejam em acordo.

2.2 Princípios da mediação

A Resolução nº 125/2010 foi publicada em 29 de novembro de 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça que implementou no âmbito do Poder Judiciário uma Política Judiciária Nacional para o tratamento adequado de resolução de conflitos.

Através dessa Resolução, foram criados os centros especializados nos meios de tratamento de conflitos, para que, por meio da participação dos envolvidos encontrem-se soluções mais apropriadas a cada tipo de litígio, visando satisfazer seus interesses e preservar seus relacionamentos.

O Código de Ética de Conciliadores e Mediadores editado pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, elencou alguns princípios fundamentais aplicáveis à conciliação e mediação. Esses princípios são: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia e respeito à ordem pública e às leis vigentes.

Acrescentam-se outros princípios considerados importantes no âmbito da mediação como cooperação entre as partes, liberdade das partes, não competitividade e informalidade do processo.

O Princípio da Imparcialidade pode ser definido como agir justa e dignamente sem pensar em suas próprias convicções, ou seja, tratar todas as partes de forma igual, não podendo privilegiar um ou outro envolvido, dando a todos as mesmas oportunidades de forma igualitária.

Na mediação, a posição do mediador é ser imparcial, que significa que em se tratando de um processo no qual cada parte traz a sua concepção acerca do conflito existente entre elas, o mediador não deve tomar partido.

Na mediação, a imparcialidade é diretamente ligada à figura do mediador. Sendo assim, espera-se que a conduta do mediador, no decorrer da mediação, seja exercida com retidão, evitando o favorecimento de qualquer das partes⁶⁹: A imparcialidade deve ser inerente ao mediador, que deve ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas, não cabendo ao mediador decidir, pois só as partes têm o poder.

Para o mediador realizar essa tarefa ele deve ser imparcial, caso contrário, poderá ir além de seu compromisso, interferindo na decisão, privilegiando a parte que lhe interessa. A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão, descaracteriza a mediação, pois a igualdade de oportunidade do diálogo é imprescindível a esse procedimento (SALES, 2003).

Segundo Lília Maia de Moraes Sales (2017, p. 160), "é importante ressaltar que as próprias partes podem nomear o mediador ao qual se submeterão para o procedimento da mediação".

Nota-se, portanto, que se no caso de perceberem alguma conduta errônea por parte dele, podem decidir por não continuar com a mediação, visto que ela não é obrigatória.

Há também, o Princípio da Confidencialidade, que dispõe sobre o sigilo do processo de mediação, pois o mediador possui a obrigação de não repassar para terceiros sobre o conflito, agindo como protetor do processo.

A confidencialidade significa que tudo o que ocorre durante o processo de mediação precisa ser sigiloso, sendo que apenas os envolvidos e o mediador podem saber o que aconteceu durante a mediação.

Segundo Adolfo Braga (2007, p. 97):

a confidencialidade, deve significar que os fatos, situações, documentos, informações e propostas, expostas durante a mediação, guardem o necessário sigilo e exigir daqueles que participaram do processo, obrigatoriamente, mantê-lo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser chamados para eventual testemunho em situações ou processos futuros.

Já a autora Jovanka da Luz, afirma que a confidencialidade afeta diretamente as partes, pois se não sentirem segurança de dizer o que pensam, o procedimento de mediação fica prejudicado, pois o segredo acerca dos aspectos do conflito, das discussões enfrentadas e de outros detalhes observados durante a mediação, é fundamental para que as partes envolvam-se efetivamente no diálogo, sem receios ou ressalvas no decorrer do procedimento.

O Princípio da Competência engloba a capacidade do mediador para realizar o procedimento de mediação, o mediador deve apresentar características essenciais para desempenhar esse papel, dentre elas, ser diligente, cuidadoso e prudente, de forma a garantir um processo de qualidade, bem como um resultado satisfatório.

Nas palavras de Lilia Maia de Moraes Sales, “o mediador somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes”.

Isso demonstra, como já foi dito anteriormente, que as partes têm a liberdade de fazer a escolha do mediador, pois acreditam que o mesmo é competente e que trará bons resultados ao final da sessão.

Por fim, é importante ressaltar que a competência do mediador sempre dependerá de sua qualificação, sendo que, deve ser escolhido o tipo específico de profissional mais apropriado para conduzir cada caso mediado. A título de exemplo, pode-se dizer que, normalmente, questões de guarda de filhos serão mais bem analisadas por assistentes sociais, pois elas detêm um conhecimento vasto acerca de relacionamentos entre pais e filhos, além da análise global e crítica do que seja o melhor interesse da criança frente à separação dos pais.

Sendo assim, não cabe ao mediador dizer o que deve ser feito, pois não é papel do mesmo ditar regras, nem decidir. Entretanto, cabe à ele viabilizar a comunicação entre as partes conflitantes, acompanhar as suas reflexões, esclarecer dúvidas e, se as partes quiserem, explanar acerca dos direitos e deveres que respaldam o caso que está sendo mediado.

O Princípio da Independência e Autonomia da Vontade das Partes, representa o fato de quem decide são os envolvidos, pois apenas os envolvidos podem decidir o que lhes for mais conveniente, sendo, assim, responsáveis por tal decisão. Ao mediador cabe apenas orientá-los, facilitando o diálogo, e não a decisão do caso., denominando-se também como Princípio de poder de decisão das partes.

Segundo Lília de Moraes Sales, por ser a mediação processo que depende da vontade das partes, ou seja, um processo voluntário, a liberdade deve ser incontestável, de forma que nenhuma das partes esteja sofrendo coação ou ameaças que possam causar mudanças em seu comportamento e, principalmente, em sua decisão acerca da controvérsia.

Segundo Fernanda Tartuce explica que nem sempre as partes têm conhecimento de todas as variáveis que podem ser utilizadas para a solução do problema, ocorrendo uma limitação na liberdade de negociação pelos envolvidos, o que não é positivo, mas sim, ao contrário, a comunicação deve ser facilitada pelo mediador, para que ambos saibam bem conduzir esse poder inerente a cada indivíduo participante da mediação: o poder decisório.

Sendo assim, para que o princípio da liberdade seja amplamente explorado pelas partes, eles necessitam ter um bom conhecimento sobre as possibilidades disponíveis para a condução da resolução da controvérsia.

O princípio da informalidade do processo significa que o processo de mediação não segue um padrão predeterminado, Já que os mediadores buscam padrões para organizar o processo apenas, não devendo seguir uma forma única.

Segundo Fernanda Tartuce,

não há uma forma exigível no processo de mediação, pois a mesma vai se desencadeando a partir do diálogo entre as partes. Sendo assim, é necessário que a comunicação seja eficaz para que o acordo se torne viável, ressaltando-se que a informalidade destaca-se, pois propicia um ambiente favorável, de mais descontração e tranquilidade. Por essa razão, conclui-se que o mais importante é adotar uma postura adequada na busca da pacificação dos conflitos.⁸³ No mesmo trilhar, confirma Lília Maia de Moraes Sales, ao afirmar que “o processo de mediação é essencialmente informal. [...] Não há uma forma predeterminada, já que os objetivos desejados podem ser alcançados sem formalismos; deve haver simplicidade dos atos”.

A informalidade é considerada como vantajosa aos envolvidos no processo de mediação, visto que, por ser uma maneira distinta de resolver conflitos, cria um ambiente propício para a comunicação das partes, sem barreiras formalísticas que, por vezes, acabam atrapalhando o andamento de processos, burocratizando-os.

O Princípio da Não-Competitividade e Princípio da Cooperação, dispõem sobre o ato de não competição na mediação, relacionando-se com o princípio da cooperação, pois as partes cooperam entre si, e não competem, assim, não haverá ganhadores nem perdedores, apenas partes satisfeitas com o resultado.

Já o princípio da cooperação entre as partes ajuda a trazer melhores resultados para o processo de mediação, pois trata da questão de que os mediados trabalham conjuntamente, de forma cooperativa, na busca da solução do conflito. que, para obtenção de resultados satisfatórios os envolvidos no processo de mediação devem estar em posição de cooperação mútua: Assim, não há competição na mediação, já que as pessoas conflitantes não são oponentes, não havendo a ideia de uma vencer a outra. Pelo contrário, na mediação as partes

são vistas como solidárias e colaboradoras, possuindo um objetivo comum de tratar o conflito, encontrando uma solução satisfatória (CRUZ, 2005).

Segundo Lília Maia de Moraes Sales, na mediação tem-se interesse em harmonizar as partes e para isso, o mediador tem um papel fundamental para transformar o conflito negativo em positivo. Nesse sentido, o mediador deve tentar amenizar os sentimentos negativos delas, mostrando que a pacificação feita entre elas trará bons resultados.

3. O PAPEL DO MEDIADOR

Os participantes do processo de mediação são as partes envolvidas no litígio, as quais são auxiliadas pelo mediador, um terceiro que conduz o processo de forma que elas possam chegar num entendimento a respeito do problema.

Segundo Christopher Moore, apesar do mediador não poder intervir na decisão de quem é parte no caso, ele pode ajudar os envolvidos a decidirem que irá participar das sessões.

Segundo Lília Maia de Moraes Sales, o mediador é aquele que conduz o procedimento de mediação, sendo alguém neutro e imparcial, auxiliando no diálogo entre as partes, sempre objetivando que as mesmas consigam chegar a um denominador comum.

Complementa, ainda, dizendo que o mediador é pessoa preparada para lidar com situações adversas e incomuns, trazendo a reflexão acerca do assunto debatido pelas partes opostas, ajudando na comunicação e entendendo os pontos controversos do impasse e identificando interesses comuns dos envolvidos.

Os mediados participam ativamente do processo de mediação e da solução de conflito, pois são eles que apresentam as alternativas cabíveis ao caso concreto.¹⁰³ Por ser um processo não vinculante, caso seja a vontade das partes, elas podem retirar-se das discussões, não sendo aplicável nenhum modo de punição ou restrição, resultando apenas na finalização da mediação.

Outro aspecto relevante é evidenciar a diferença entre o mediador e os outros profissionais, que atuam nos demais meios de resolução de controvérsias, como a jurisdição, a negociação e a arbitragem: Não é um juiz, pois não impõe um veredicto, mas como um juiz, deve ter o respeito das partes conquistado com sua atuação e imparcialidade.

Não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direito nos resultados, vai depender das partes a conclusão da mediação com um acordo ou não. Não é um árbitro que emite um laudo ou decisão e, o mediador ainda que seja um experto no tema

tratado, não pode dar assessoria sobre o assunto em discussão e cuida do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes (SILVA, 2004).

Para Fernanda Tartuce, o mediador, no desempenho das funções acima demonstradas, precisa superar barreiras pessoais, desvencilhar as partes da sua visão radical do conflito e quebrar o grande antagonismo que existe entre elas. Em um primeiro momento, o mediador deve apresentar a mediação às partes, fazendo com que as pessoas compreendam a dimensão do procedimento e os objetivos principais.

Entretanto, vale ressaltar que o mediador, apesar de não ter o poder decisório, não é figura passiva no processo de mediação: O mediador, portanto, é primeiramente alguém que faz comunicar, que faz passar uma corrente. Aquele que não tem este desejo primeiro de criar ligações não pode tornar-se um bom mediador no domínio em que habitualmente se situa o papel do mediador: o dos conflitos. Compreende-se que a terceira pessoa, em mediação, mesmo não intervindo como juiz ou árbitro, não é, no entanto, uma pura presença passiva (SIX, 2001, p. 236).

Por fim, o que se entende é que cada caso concreto exige uma visão diferente do conflito. Na análise de conflitos familiares, percebe-se a atuação de mediadores advogados, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais. Esses profissionais, por estudarem as relações de família durante a sua formação específica, podem ser úteis no deslinde dos conflitos familiares.

4. AS FASES DA PROCESSO DE MEDIAÇÃO

A mediação tem como característica a posição menos formal do que os processos judiciais. Nesse sentido, alguns autores como John M. Haynes, afirmam que não deve existir um "ciclo linear" de etapas pré-estabelecidas na mediação, entretanto, outros autores como Fiúza e Mendonça estabelecem em suas obras os passos a serem percorridos pela mediação.

Para Ângela Hara Mendonça, existe uma fase anterior ao início da mediação. Essa fase tida como pré-mediação se inicia com a decisão das partes em buscar um método extrajudicial para estar solucionando o conflito. Ressaltando-se, ainda, que neste momento é firmado um acordo de participação na mediação.

De acordo com César Fiúza, uma das partes pode procurar os Centros de Mediação e solicitar que entrem em contato com a outra parte fazendo um convite formal à mediação. Esta, portanto, trata-se de uma fase mais informativa e esclarecedora tanto para as partes quanto para o mediador.

A fase introdutória é a efetiva iniciação do processo de mediação e, segundo Robert A. Bush, neste momento, os aspectos físicos e organizacionais do local são fundamentais, podendo inclusive ser determinantes para o resultado final do processo.

Sendo assim, para que seja atribuída maior confiabilidade e segurança no processo, é fundamental que sejam explicados às partes os procedimentos da mediação, suas características, bem como todos os elementos que estão sendo levados em consideração para a solução do conflito.

Na fase do Relato das Partes, o mediador tem como papel incentivar, de forma clara, a exposição dos motivos que levaram as partes ao conflito que se encontram atualmente, sendo importante de que seja feita uma leitura do que fora relatado pelas partes, a fim de que ambas concordem com o que fora dito.

Sendo assim, a função do terceiro nesse momento deve ser para favorecer o clima amigável e respeitoso entre as partes, sendo esta, a fase de início do diferencial da mediação, pois visa identificar os reais desejos e intenções das partes, sendo a razão da própria mediação a visão mais humana do conflito.

Na fase da Identificação e Redefinição de Interesses, há a identificação do que está sendo desejado e questionado e redefinição das questões e interesses. Nesse momento, o mediador tenta ordenar o conflito de maneira que este abranja as partes de que, ambas, por sua vez, se visualizem dentro da questão, sem que, para tal, o mediador seja tendencioso em relação a alguma parte.

Segundo Angela Hara Mendonça (2004, p. 55), na fase de formulação e avaliação de opções é a que mais reflete o espírito da mediação., pois é então que as características de criatividade e flexibilidade do mediador são postas à prova, pois cabe a ele aproximar os desejos das partes às realidades possíveis.

Na fase da Solução e Acordo, surge a conclusão, quando é possível a elaboração de um acordo com a decisão em que as partes chegaram à comum acordo. Ressaltando-se que os termos de acordo (documentos com as descrições do que ficara acordado), podem ser vistos por terceiros ligados às partes, a fim de apreciação das decisões.

Ainda segundo a mesma autora, é importante refletir: "É indispensável que as partes tenham plena compreensão do conteúdo do acordo, de como viabilizá-lo e suas consequências. Recomenda-se a elaboração de um plano detalhado de implementação acompanhado de prazo para seu cumprimento, e de quais recursos serão utilizados para caso não se cumpra."

É importante ressaltar que, devido às peculiaridades de algumas questões, o mediador pode recorrer à procura de um especialista que, com mais propriedade, se posicione as possibilidades viáveis diante dos fatos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que é de extrema relevância o apoio às pessoas que necessitam ajuda com seus problemas, além de auxiliar, a mediação vem evitar conflitos pessoais e desgastes emocionais desnecessários, já que com a presença de profissionais e uma boa orientação técnica, acalmam-se os ânimos e a melhor solução é quase sempre alcançada.

Ao conhecer-se os conceitos de família, notam-se as mudanças ocorridas juridicamente e na sociedade, em geral, mostrando a presença do Estado como algo primordial, demonstrando por fim, na Constituição Federal de 1988, o Direito das Famílias e o reconhecimento de vários modelos de família, bem como princípios norteadores para essa área jurídica.

Sendo base da sociedade e com proteção especial pelo Estado, levou-se em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, elevando a pessoa como a prioridade do Estado Democrático de Direito e, sempre que necessário resolver um litígio, haverá essa possibilidade, por meio do Poder Judiciário ou ainda pelos meios alternativos de resolução de conflitos.

A partir do estudo específico da mediação, conclui-se que esse procedimento é viável e aplicável aos conflitos familiares e, revisando o conteúdo, acredita-se ter alcançado o objetivo do trabalho, esperando que novos venham a somar-se pois trata-se de assunto extremamente relevante para a sociedade e de alterações constantes, a fim de adaptar-se às necessidades reais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Temas Atuais de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 154-155 27

BREITMAN, Stella. PORTO, Alice Costa. **Mediação Familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p. 36-37.

BRITO, Enrica Gentilezza de; CAMPOS, Argene. **O papel da mediação no direito de família: separação e guarda compartilhado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha;

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. Ed. rev. São Francisco, CA, EUA: Jossey-Bass, 2005. 94

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003. 47 CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p 87. 48 RIBEIRO, Pedro Barbosa;

CONCEIÇÃO, Rômulo. **Mediação – Meio Alternativo para Solução de Conflitos**. UFSC, Santa Catarina, p. 7-10. Disponível em:
<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&Acesso em: 07. mar. 2019 96 Idem, ibidem 41>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125/2010: Código de Ética de Conciliadores e Mediadores**. [2010]. Disponível em:
http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf. Acesso em: 31 mar. 2019, p. 8-10. 69

COUTINHO, Patrícia Martins Rodrigues. **A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça: por um Agir Comunicativo**. UNIEURO, Brasília, p. 7.

CRUZ, Sáskya Narjara Gurjel da. **O estudo da mediação: uma análise principiológica**. In: SALES, Lília Maria de Moraes (Org.). Estudos sobre a Efetivação do Direito na Atualidade: a cidadania em debate. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005. p. 271. 37

DA ROSA, Conrado Paulino. **Desatando nós e crianças laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 157-158. 25

DO LAGO, Cristiano Álvares Valadares. DO LAGO, Andréa Menezes Rios Valadares. **Mediação no Direito de Família**. Doutrinas Essenciais - Família e Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 851-854. 50Idem, Ibidem 51Idem, Ibidem 29

FIUZA, César. **Teoria geral da Arbitragem**. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. 95

GONÇALVES, Amanda Passos. **A Mediação como Meio de Resolução de Conflitos Familiares**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso para para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - PUCRS, Rio Grande do Sul.

GUNTHER, Luiz Eduardo. (Coord). **Manual elementar de mediação e conciliação judicial**. Curitiba: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 2013.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. 91

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo - MESC'S - **Uma visão Geral de Conceitos e Aplicações Práticas**, 2ªed.2004. 92 FIUZA, César. Teoria geral da Arbitragem. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: estratégia práticas para resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 131. 102

PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 291-324. 108

RIBEIRO, Paula M. C. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p.440. 49

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 50. 85

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Ouvidoria e mediação**: instrumentos de acesso à cidadania. Disponível em: Acesso em: 02 abr. 2017, p. 160. 78

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Método, 2008. 84

THOMÉ, Liane Busnello. **Princípio da Dignidade da Pessoa e Mediação Humana como Instrumento de Potencialização da Dignidade nas rupturas dos casais em família**. 2007. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 114-118. 109

DA ROSA, Conrado Paulino.; THOMÉ, Liane Busnello. **Princípio da Dignidade da Pessoa e Mediação Humana como Instrumento de Potencialização da Dignidade nas rupturas dos casais em família**. 2007. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 114.

WEIZENMANN, Cristina. **A Mediação Como Meio de Resolução de Conflitos no Direito de Família**. 2009. Monografia. Univates, Lajeado, p. 75