



OUTROS CAMINHOS SÃO POSSÍVEIS NA (DES)CONSTITUIÇÃO FAMILIAR: MEDIAÇÃO EM CONFLITOS DE FAMÍLIA

Laila Letícia Falcão Poppe¹
Daniel Rubens Cenci²

RESUMO

A família é uma das mais antigas instituições, passando por evoluções em seus paradigmas, a partir de mudanças das condutas da sociedade, perpassando de uma família pré-moderna patriarcalista a uma concepção de família com base no afeto na contemporaneidade. Assim como a família, a maneira de resolver conflitos também passa por mudanças, muitas vezes, já utilizadas em tempos remotos, mas deixadas em esquecimento a partir da imposição de uma jurisdição estatal. A mediação é um dos meios alternativos de resolução de conflitos, em que se busca fazer com que a pacificação entre as partes seja advinda a partir de redimensionamento dos próprios conflitantes e não de uma sanção imposta. Em conflitos de direito de família, esse método é extremamente satisfatório, na medida em que, mais do que uma solução, as partes encontram a partir do afeto familiar um fortalecimento entre os conflitantes, uma percepção de entender o outro, em que ambos saem vencedores, sendo esses resultados mais satisfatórios do que a procedência ou não de uma sentença imposta por um Estado-juiz.

Palavras-chave: conflito; família; mediação; sociedade.

ABSTRACT

The family is one of the oldest institutions, undergoing changes in its conceptions and evolving, from the changes of behavior of society, permeating a family premodern patriarchal conception of the family in contemporary homoafetiva. As a family, the way to resolve conflicts also undergoes changes often already used in ancient times, but left in oblivion from the imposition of a state jurisdiction. Mediation is an alternative means of conflict resolution, which seeks to make peace between the parties arising either from resizing the very conflicting and not a sanction imposed. Conflicts in family law, this method is extremely satisfying, in that more than one solution, the parts are from a strengthening of family affection between conflicting insight to understand the other, they both come out winners, these being more satisfactory results than the merits or otherwise of a sentence imposed by a state judge.

Key-words: mediation; family; conflict.

¹ Bacharel em Direito, Especialista em Direito do Trabalho, Mestranda em Direitos Humanos na UNIJUI, Pesquisadora do grupo de pesquisa Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos. Bolsista CAPES. lailapoppe@hotmail.com.

² Professor, Mestre em Direito, Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento, Atua junto ao Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI URI. Coordenador da Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos, e o projeto de pesquisa junto ao CNPq, com o mesmo nome. danielr@unijui.edu.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A família passou por inúmeras transformações no decorrer dos tempos, acompanhando a sociedade e o mundo globalizado em que estamos inseridos, sendo comum existirem conflitos a partir dessa relação, e nada melhor do que solucioná-los a partir de um método que abrange o diálogo, amor, o colocar-se na posição do outro e mais do que resolver, entender o problema desencadeador da situação. Isso que se espera da mediação: as próprias partes dialogarem, com o auxílio (mas não intervenção) de um terceiro imparcial, chegando os próprios conflitantes a um acordo que satisfaça a vontade de ambos.

A mediação é o meio alternativo de resolução de conflitos mais indicado para o âmbito familiar, já que preconiza resolver o conflito com o menor índice de conflitos possíveis, fazendo um jogo de palavras, tem-se que no processo judicial, ao final de uma verdadeira batalha, desgastante, que não procura revigorar os sentimentos das pessoas há sempre em exponencial entre as partes o fator ganha-perde ou perde-ganha, na mediação, ao contrário, o que se espera é que ambos conflitantes ganhem: em diálogo, amor, compreensão e respeito.

O presente artigo apresenta uma análise acerca de uma forma alternativa na resolução de conflitos: a mediação, com um enfoque maior acerca da mediação familiar, perpassando pela evolução da família, do patriarcalismo da pré-modernidade a família afetiva contemporânea, analisando o instituto da mediação de uma maneira geral e abrangente, para então adentrar especificamente na mediação familiar, já que essa forma de resolução de conflitos é a mais indicada para litígios no que tange o direito de família, culminando então, em uma cultura de paz, amor e afeto no âmbito familiar.

1. AS MUDANÇAS NA ESFERA FAMILIAR: ASPECTOS SOCIOCULTURAIS

Para se refletir sobre a formação da família brasileira hoje, faz-se necessário entender os aspectos históricos e culturais que têm marcado a sua formação social. As diferentes mudanças sociais, econômicas, culturais e políticas produzidas nas últimas décadas ocorrem em diferentes áreas e também de modo muito singular na esfera familiar. A heterogeneidade da nova estrutura familiar advém de um longo

cenário de mudanças e o envolvimento da família em questões de políticas públicas, revoluções, trabalho e questões de gênero.

Os pontos de apoio, dentro da dinâmica familiar, de onde ela é exercida, são uma forma de transmissão de padrões culturais; a construção de sentidos de pertença e identidade são movidas a alterar a modelagem básica e histórica das famílias estabelecidas a cada período da história, ocorre um modelo hegemônico de família sobre as outras. Desta forma, um grande número de famílias, com suas novas formas de expressão, são transformados também em sujeitos até então imprevisíveis para e na sociedade.

Ao mesmo tempo, as mudanças estruturais se uniram ao campo social (e também são dele decorrentes) de maneira que a localização dessas novas formas de família coincide com grandes acontecimentos do campo sociológico em que cada família desenvolve seu ciclo de vida, de modo que a família transcende as questões formais, tendo seu papel e contexto sujeitos a condições que passam através de sua estrutura formal ou informal, dentro de cenários heterogêneos e altamente complexos, determinando, inclusive, os valores dos membros da família, seu lugar histórico e suas novas conformações no decorrer dos tempos.

Dado esse cenário inicial, importante caracterizar que o termo “família” é derivado do latim “famulus”, que por sua vez significa “escravo doméstico”. Tal termo foi desenvolvido na Roma antiga, para justificar um novo organismo social, surgido entre as tribos latinas, quando nestas foram introduzidas à agricultura e, conseqüentemente, a escravidão legalizada. A característica principal desse novo organismo era a presença de um chefe, do sexo masculino, que era detentor do poder sob os escravos e igualmente com relação a mulher e a prole, inclusive com poder de determinar a sua vida ou morte. A partir daí, o termo família passou a ser usado para designar toda instituição ou agrupamento social, diferentes entre si, do ponto de vista de suas funções e estrutura.

No direito romano clássico a “família natural” era baseada no casamento e no vínculo de sangue e o seu agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos. Essa família tem como base o casamento e as relações jurídicas dele resultantes, entre os cônjuges, e pais e filhos. Esse conceito teve bastante influência da Igreja Católica através do direito canônico.

Por conseguinte, Lévy-Strauss³ chegou à tese de que a família surgiu a partir do equilíbrio entre a natureza e a cultura, com a invenção do incesto. Essa tese permitiu afirmar a superioridade da regra cultural da afinidade sobre a regra natural da consangüinidade. Assim, a proibição do incesto está ligada a origem das regras do casamento que, por sua vez, está calcado num sistema geral de trocas ao qual se denomina exogamia, que é justamente o casamento de um indivíduo com um membro de um grupo estranho àquele ao qual pertence. Para o autor, a família é vista como grupo social originado em um casamento (entendido aí como união de duas ou mais pessoas), constituído pelas pessoas casadas e sua prole, cujos membros são ligados entre si por laços legais, direitos e obrigações econômicas e religiosas, direitos e proibições sexuais, bem como, sentimentos psicológicos. Nessa perspectiva, Lévi-Strauss⁴ coloca que

um homem utiliza o termo “pai” não apenas para o seu verdadeiro genitor, mas também para todos os outros homens com quem sua mãe poderia ter casado, e que, desse modo, poderiam tê-lo gerado. Emprega o termo “mãe” não apenas para a mulher de quem na realidade nasceu, mas também para todas as outras mulheres que lhe poderiam ter dado à luz sem transgredir a lei da tribo; usa as expressões “irmão” e “irmã” não somente para os filhos de seus pais verdadeiros, mas também para os filhos de todas aquelas pessoas com as quais as quais mantém relação de pais. “[...] desse modo, os termos de parentesco que dois australianos mutuamente se aplicam não indicam necessariamente qualquer consanguinidade, como os nossos indicariam: representam relacionamentos sociais mais do que físicos.

A consequência disso é garantir a vitalidade dos grupos humanos, excluindo a possibilidade de ser a família biológica um sistema fechado de relações. Por conseguinte, o parentesco visto com uma estrutura formal, é resultado da combinação de elementos de consangüinidade entre irmãos; de descendência entre pai e filho e/ou mãe e filho e a relação de afinidade que se dá através do vínculo. Segundo Sarti⁵,

foi através de Lévi-Strauss, através de suas estruturas elementares do parentesco que se deu o passo decisivo para a desnaturalização da família ao retirar da família biológica o foco principal e voltar sua atenção para o sistema de parentesco como um todo.

³ LÉVI-STRAUSS, C. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. São Paulo: Edusp 1976.

⁴ Idem, p. 52-53

⁵ SARTI, Cynthia A. **A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres**. – 4. ed. – São Paulo: Cortez, 2007, p. 39

A partir desse estudo, o laço de parentesco foi instituído como um fato social e não mais natural, de modo que a família entra definitivamente no terreno da cultura, pois, para ele, o fundamento da família não está na natureza biológica do homem, mas na sua natureza social: as famílias se constituem como aliança entre grupos.

Por sua vez, Bruschini (2000), vai nos mostrar que, para a sociologia, a família é um grupo aparentado, responsável, principalmente, pela socialização de suas crianças e pela satisfação de necessidades básicas, consistindo em um aglomerado de pessoas relacionadas entre si pelo sangue, casamento, aliança ou adoção, vivendo juntas. Ela é considerada uma unidade social básica e universal por ser encontrada em todas as sociedades humanas, de uma forma ou de outra.

O que se pode afirmar de forma inequívoca e que é consenso entre doutrinadores, é que a família foi a primeira instituição política organizada em nossa sociedade, nos tempos primórdios, como esclarece Maria Berenice Dias (2011), as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra.

Tal elemento foi determinante na família pré-moderna, e o que irá caracterizá-la é justamente o fato de que coabitavam em um mesmo espaço várias gerações, pai, mãe, avós, em torno de uma unidade de trabalho, com algumas características importantes entre gêneros: uma família patriarcal, em que o pai detém o poder absoluto e a figura da mãe é como uma mera reprodutora, de forma a ter na ordem da família e também no social um lugar desprivilegiado e submissa ao poder masculina, sendo que a ordem da família traduz o que se passa no espaço político e religioso: o pai é visto como o Deus ou Rei, ou seja, o sexo feminino não tem nenhum valor e as crianças eram concebidas como adultos em miniatura, sendo a figura dos idosos importantes na medida em que eram os guardiões da memória e da genealogia.

Ao longo de vários séculos solidificou-se esse conceito da família patriarcal, a partir de suas raízes romanas, representadas em sua essência pelo poder paterno, em razão do qual se atribuía o papel de chefe e senhor das decisões da sociedade familiar, não admitindo qualquer contestação. Nesse contexto, a história mostra que

as mulheres sempre foram inferiorizadas. A família era uma concepção compreendida na unidade de produção e patrimônio, pouco importava os laços afetivos, impossibilitando a dissolução do vínculo matrimonial, pois corresponderia a desorganização da própria sociedade.

A família patriarcal em seu extenso grupo composto pelo núcleo conjugal e sua prole legítima, também se incorporavam parentes, afilhados, agregados, escravos e até mesmo concubinas e bastardos, todos abrigados sob o mesmo teto, na casa grande ou na senzala. Essa característica senhorial foi observada também pelas famílias não proprietárias, das camadas intermediárias entre as quais, comerciantes, funcionários públicos, militares e profissionais liberais. A família patriarcal era uma forma dominante de constituição social e política e tinha no seu poder, o controle dos recursos da sociedade.

O declínio do patriarcalismo, trazendo a tona um novo processo ideológico de família, se iniciou ligando-se em particular ao desenvolvimento do individualismo moderno do século XIX, em um imenso desejo de felicidade. A família moderna, constituída após a revolução francesa, é caracterizada pelo fato de que os pressupostos políticos e morais da revolução francesa tinham como premissa a igualdade de direitos entre os cidadãos, ou seja, homem e mulher não poderia mais ser estabelecida como uma hierarquia, ou seja, a saída de uma teoria do sexo único para uma teoria moderna, a qual incorporamos desde então, ou seja, da diferença sexual, que implicava uma diferença moral entre os sexos, mas que conferiu as mulheres um papel fundamental enquanto figura de mãe e não mais de mera reprodutora, adquirindo certos poderes que ela não tinha, cabendo a ela gerir o espaço doméstico e ao homem gerir o espaço público. Nesse sentido, afirma Farias⁶ que

a família esta em constante mutação decorrente das novas conquistas da humanidade e através dessas mudanças pôde perceber-se, que no início do século XIX, surgiu uma maior preocupação legislativa com a relação concubinária, ajudando, por conseguinte, no reconhecimento de direitos advindos desta relação. E, com a filosofia individualista e igualitária da Revolução Francesa, contribuiu-se energeticamente para o enfraquecimento do dogma religioso, quanto à família formada apenas pelo matrimônio.

O modelo patriarcal supracitado, fundado justamente na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu também profundas mudanças com

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

a revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. Com a revolução industrial e a consequente industrialização, ocorre uma mudança na função econômica da família que provocou o surgimento de duas esferas distintas: de um lado a unidade doméstica, de outro a unidade de produção. À mulher coube a reprodução da força de trabalho na esfera privada do lar e sem remuneração, enquanto ao homem coube o trabalho produtivo extra lar, pelo qual passou a receber uma remuneração.

Dessa forma, começa a se desenvolver a família conjugal moderna, na qual o casamento se dá por escolha dos parceiros, com base no amor romântico, tendo como perspectiva a superação da dicotomia entre amor e sexo e novas atribuições para os papéis do homem e da mulher no casamento. Modernizaram-se as concepções sobre o lugar da mulher nos alicerces da moral familiar e social. A nova mulher, “moderna”, deveria ser educada para desempenhar o papel de mãe, educadora – dos filhos, e de suporte do homem para que este pudesse enfrentar a labuta do trabalho fora de casa. A “boa esposa” e “boa mãe” deveria ser prezada e deveria ir à escola, aprender a ler e escrever para bem desempenhar sua missão como educadora. Essa família apresentava-se como uma família nuclear, reduzida ao pai, mãe e filhos, organizada hierarquicamente em torno de uma rígida divisão sexual de papéis.

A partir do século XIX há também uma nova concepção acerca da riqueza de uma nação, uma preocupação com a qualidade de vida, fazendo com que apareçam outros critérios de qualificação além da educação: boas condições de saúde. Isso irá implicar em uma investidora na população desde o início da vida, ou seja, as crianças serão objetos de investimento, trazendo a idéia da criança como representação do futuro, passando a criança a ganhar, inclusive, um estatuto especial e o poder da mulher enquanto mãe está conferido a partir do momento em que ela irá se encarregar dos filhos e fazer a mediação entre família, educação e saúde. Toda a ideologia familiarista é constituída a partir dessa família nuclear, sendo que a família passa a se condensar em torno dos pais e dos filhos, como anteriormente mencionado, há uma redução da extensão da família.

Nos anos 60 e 70 há uma ruptura da família nuclear, sendo que a mulher sai desse lugar exclusivamente maternal, quer mais do que ser mãe, não participando somente da governabilidade privada, mas também da governabilidade pública, reorganizando assim a família contemporânea, trazendo novos problemas e novos

personagens que não estavam presentes na família moderna: a dissolução da eternidade do casamento e a reorganização dos planos de autoridade. Assim, Pereira⁷ afirma que

é notável que, quando a sociedade começou a aceitar as relações pessoais como sendo uniões sentimentais, o legislador não podia mais negar efeitos a essas relações, deixando-as à margem do Direito. Iniciando assim, a mudança nos costumes, à formação de uma ideologia voltada ao ser humano e não mais ao seu patrimônio.

Por conseguinte, a entrada da mulher no mercado de trabalho, modifica para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje ainda se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado. As modificações pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes.

Na contemporaneidade, há uma institucionalização da maternagem, de forma que as crianças vão cada vez mais cedo para as escolas, por conta de que a mãe passou a ter lugares de expansão existencial, mas os homens “não voltaram ao lar”, deslocando a família para instituições privadas.

As mudanças ocorridas na família relacionam-se com a perda do sentido da tradição. Assim, o amor, o casamento, a família, a sexualidade e o trabalho, antes vividos a partir de papéis preestabelecidos, passam, a ser concebidos como parte de um projeto em que a individualidade conta decisivamente e adquire cada vez mais importância social, mas é partir dos anos 90 que a família apresenta mudanças significativas em todos os seguimentos. Viver junto como marco dos novos relacionamentos afetivos da modernidade líquida de BAUMAN⁸ envolve, também, o sentido da família. Se, de fato, até a modernidade, a família era, sem dúvida, um pilar fundamental da sociedade e os filhos, o fruto mais maduro disso, não é assim no mundo líquido pós-moderno. Se nada tem substância, se tudo é fluido, e os valores, assim chamados de espirituais, nem têm mais força no novo contexto cultural, isso afeta também a família. Por isso, segundo Bauman⁹

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família**- Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.57)

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

⁹ Idem, p. 60

Os filhos estão entre as aquisições mais caras que o consumidor médio pode fazer ao longo de toda a vida [...] Ter filhos significa avaliar o bem-estar de outro ser, mais fraco e dependente, em relação ao nosso próprio conforto.

Essas novas transformações sociais e, por conseguinte, essas novas concepções em relação à família, vêm trazendo à baila novas estruturas familiares, as quais objetivam, conforme Maria Berenice Dias¹⁰, o atendimento do afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ainda nos dias atuais, quando se pensa em família, vem a tona “um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos”. Esta realidade se modificou, a autora esclarece que

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

Segundo Miotto¹¹ a diversidade de arranjos familiares existentes hoje na sociedade brasileira nos leva a definir a família como um núcleo de pessoas que convivem em determinado lugar, durante um lapso de tempo mais ou menos longo e que se acham unidas por laços consangüíneos ou afetivos, em igual escala de grandeza. Ela tem como tarefa primordial o cuidado e a proteção de seus membros, e se encontra dialeticamente articulada com a estrutura social na qual está inserida.

Assim, assevera-se que a família ao longo da história vai transformar não só a sua morfologia, a sua escala de grandeza, mas vamos deslocar de uma família distensa para uma família nuclear, para uma família monoparental, a morfologia da família se transforma radicalmente, mudando os personagens ou a valência deles na família. Um exemplo é a transformação da figura da criança, do pai e da mulher na ordem familiar, desencadeando transformações na problemática da família e em sua estrutura, captando as discontinuidades históricas da família e assim suas transformações. O que estará presente será uma articulação entre o que se passa a

¹⁰ DIAS, Maria Berenice . **Manual do Direito das Famílias**. 8. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

¹¹MIOTTO, Regina Célia Tomazio. **Família e Serviço Social**: In Revista Serviço Social & Sociedade, nº 55. São Paulo, Cortez, 1997, p. 118),

nível da intimidade moral ou psicológica dos laços familiares com o que se passa a partir de relações mais amplas com o espaço social, Farias¹² assevera que

[...] também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.

A família é uma instituição social que, independente das variantes de desenhos e formatações da atualidade, se constitui num canal de iniciação e aprendizado dos fatos e das relações sociais, bem como em uma unidade de renda e consumo. As famílias como agregações sociais, ao longo dos tempos, assumem ou renunciam funções de proteção e socialização dos seus membros, como resposta às necessidades da sociedade pertencente, assim, novas formas de resolver os conflitos desencadeados nela e por elas, também são carecedores de atenção.

2. O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A MEDIAÇÃO FAMILIAR

Usando a terminologia da palavra, tem-se “Cum”, do latim, que significa “momento em que”, e “fligo”, com o significado de “bater, chocar”, do encontro entre elas, surge a palavra “conflictus”, em português, conflito. Porém, muito antes da palavra, o conflito já existia - e ainda existe - nas mais variadas situações, porém, não aprendemos a resolver esse conflito de maneira não contenciosa ou até com presença de violência. É possível imaginar que relações de longos anos, na eminência de impossibilidades de seguimento da convivência, solucionem seus conflitos de maneira não traumática e contenciosa, muitas vezes desgastante como é o procedimento tradicional da processualidade judicial.

A mediação, que não imposta, é a maneira mais indicada para aquelas pessoas que relacionam-se continuamente, permitindo não só o restabelecimento de laços, mas uma melhora na relação. Fabiana Marion Spengler¹³ coloca que

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

A mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor. É radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação sequer nos mínimos gestos. As pessoas estão tão impregnadas do espírito e da lógica da dominação que terminam, até sem saber, sendo absolutamente invasoras do espaço alheio.

Durante muito tempo nas sociedades primitivas foram utilizadas a heterocomposição, arbitragem, conciliação para a resolução de conflitos, depois o estado chamou para si à função jurisdicional, havendo um declínio desses meios alternativos. Recentemente, a partir de 20 anos atrás, e no Brasil mais recentemente, o interesse pelas vias alternativas ressurgiu pelo fato das vantagens que as vias alternativas podem demonstrar. O processo jurisdicional é demorado, lento, forma, com diversos bloqueios de acesso aos usuários, às dificuldades temporais e, portanto, percebe-se que era preciso buscar uma revitalização dessas técnicas alternativas. Segundo Spengler¹⁴

Embora ainda pouco conhecida e de escassa aplicabilidade no hodierno contexto jurisdicional, a mediação, contrário ao que se possa eventualmente pensar, não é técnica recente entre os meios de tratamento de conflitos, possuindo uma longa história e confundindo-se com as primeiras civilizações do mundo. Seu aparecimento remonta às primeiras sociedades existentes e se encontra como uma das primeiras formas hábeis de resolver os conflitos, muito antes do surgimento do Estado como um ente politicamente organizado e monopolizador da tutela jurisdicional.

A justiça heterocomposição tem outro viés, um fundamento jurídico, sociológico e político, que fazem com que a mediação seja mais importante, apresente vantagens sobre o processo judicial. A mediação seria uma proposta transformadora do conflito, porque não busca a decisão por um terceiro, mas a resolução pelas próprias partes, não se preocupando com o litígio ou a verdade formal, tão pouco tem a finalidade de um acordo, mas visa, principalmente, ajudar os interessados a redimensionar o conflito, um conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais e determinar um choque nos interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. A mediação vai a fundo nas causas geradoras dos conflitos,

¹³ SPENGLER, Fabiana Marion e NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação enquanto política pública: a teoria, prática e o projeto de lei**. 1.ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010

¹⁴ IDEM, p. 56

porque não existe uma solução melhor do que a outra, mas cada tipo de solução é melhor para determinados conflitos. Sendo assim, a mediação, é perfeita, por exemplo, nos conflitos familiares.

O fundamento jurídico é o de evitar ou encurtar o processo judicial, um fundamento funcional, que aposta nesses meios alternativos, deixando para os tribunais, as causas mais complexas, em que se discute o direito e não os fatos, em que haja uma prevalência de interesse jurídico sobre o interesse de fato. Ainda, segundo Spengler¹⁵

Paralelamente às formas jurisdicionais tradicionais, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento de disputas, nas quais se atribui legalidade à voz de um conciliador/mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Não se quer aqui negar o valor do Poder Judiciário. O que se pretende é discutir uma outra maneira de tratamento dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes.

Alem desse fundamento funcional, há um fundamento sociológico, que é o de pacificar, uma vez que a sentença não consegue pacificar as partes, surgindo a necessidade de uma nova fase processual, em muitos casos. A mediação, ao contrário, pacifica, pois o terceiro que participa como agente não profere uma decisão, não podendo nem sugerir escolhas, são os próprios interessados – ou partes – que solucionam o seu conflito a partir de um consenso. Spengler¹⁶ coloca que

Essas estratégias (que fogem do código binário ganhar/perder) permitem aumentar a compreensão e o reconhecimento dos participantes, construir possibilidades de ações coordenadas – mesmo que na diferença -, incrementar diálogos e a capacidade de pessoas e comunidades que possam/queiram comprometer-se responsabilmente para com decisões e acordos participativos, especificando as mudanças que ocorrerão. Os acordos/arranjos alcançados através dessas metodologias apresentam resultados efetivos que permitem considerar – e em muitos casos resolver – disputas e diferenças, permitindo aos participantes elaborar novas ferramentas para organizar as suas relações. É nesse sentido que essas metodologias para o tratamento dos conflitos se definem como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível.

Por outro lado, o fundamento político está na base das vias alternativas, a participação, os próprios “litigantes” que analisam o seu conflito e o trabalham, com

¹⁵ Idem, p. 89.

¹⁶ Idem, p. 93

a ajuda de um terceiro facilitador, tomando para si um momento participativo, uma decisão de qual a melhor forma para solucionar o conflito. A substituição da cultura do conflito, pela cultura do consenso.

A mediação é uma técnica extrajudicial, um processo em que as partes resolvem o conflito por meio do auxílio de um mediador, que faz as perguntas certas, no ambiente certo, ou seja, usa da confidencialidade para conversar com os conflitantes. Quando o conflito se instaura, rompe-se a comunicação entre as partes, e não conversando mais, não há possibilidade de conhecer os motivos do outro, de entendê-lo, surgindo, assim, a importância da figura do mediador, neutro, imparcial, que entra no conflito com o objetivo de retornar a comunicação entre as partes, levando a uma conciliação. Spengler¹⁷ coloca que

Assim, não há somente o emprego – bastante intempestivo – do termo “mediação”; existe uma preocupação cada vez mais expressa de achar meios para responder ao problema real: uma enorme dificuldade de se comunicar; dificuldade essa paradoxal numa época em que a mídia conhece um extremo desenvolvimento. Entretanto, a multiplicação de mídias não é sinônimo de real “mediação”. O emprego múltiplo dessa palavra – e de seu conteúdo – testemunha, no final das contas, a necessidade imperiosa, hoje, de situar a mediação na nossa sociedade, de inseri-la, e profundamente.

A mediação não é tão difundida, aqui no Brasil, mas é extremamente utilizada em outros países, havendo certo preconceito acerca de tal meio de resolução de conflitos, muitas vezes por desconhecimento desse instituto, tão benéfico para a resolução pacífica de conflitos.

A mediação familiar é uma alternativa à justiça estatal para a resolução de conflitos familiares, de maneira que o mediador familiar tem como papel fundamental controlar, nesta fase de instabilidade da vida da família, da gestão do conflito ao novo contexto relacional. Os primeiros estudos sobre mediação tiveram início nos Estados Unidos por volta de 1974, como se trata de uma área já desenvolvida nesse país, há inúmeros serviços e informações a partir do termo “family mediation”. Finalmente, quase 20 anos depois, a mediação foi introduzida como prática no Brasil, além do poder judiciário, alguns cursos iniciaram tal trabalho, mas ainda é preciso desenvolver mais essa área, um exemplo na questão da mediação familiar é

¹⁷ Idem, p. 106.

Portugal, um país muito desenvolvido nessa área. Sábias as palavras do ilustre Luis Alberto Warat¹⁸, ao refletir que

Para um amor de autonomia é preciso, como condição primeira, não escondermos de nós mesmos nossos sentimentos mais profundos. Querermos e apreciar-nos como a pessoa que somos, que estamos podendo ser e sermos, suficientemente, autônomas para poder viver a complexidade de sentimentos, raivas, dores e ternura que existem em nós. Possivelmente, assim poderemos ser o membro real de uma parceria, porque estaremos em caminho de tornarmo-nos pessoas reais em nossa complexidade.

O papel do mediador é somente conduzir o diálogo entre as partes, de tal forma que as partes sintam-se a vontade, que irão tomar a melhor decisão e que o resultado será lei entre eles. Uma das vantagens é que a Mediação, especialmente no Direito de família, é que ela tende a preservar a relação entre as partes no futuro.

O mediador familiar busca realizar a gestão do conflito entre cônjuges, pais, questões referentes aos filhos, visitas de pais separados, relações familiares, porem, antes de contar com o apoio do mediador, o melhor procedimento é a própria preparação pessoal do individuo, de maneira a entender os conceitos básicos de questões familiares, para depois refletir sobre o que cumprir, o que exigir e o que esperar do mediador. Como assevera Malvina Muskat¹⁹

Numa família, entretanto, solidariedade e conflito coexistem. Toda família funciona como uma unidade social contraditória em que os recursos, os direitos, as obrigações e os interesses competitivos se confundem. Além dos conflitos por divergência de opiniões, de idéias, de crenças ou de poder, ocorrem os conflitos decorrentes da disputa pelos afetos. Sua dinâmica e organização se baseiam na distribuição dos afetos, o que tende a criar um complexo dinamismo de competições e disputas motivadas pelo desejo de conquista de espaços que garantam o amor, o reconhecimento e a proteção, uns dos outros, necessidades básicas da condição humana.

A criação de uma criança, por exemplo, é simultaneamente direito e dever de pai e mãe, que tomam as decisões referentes ao menor independentemente de viverem juntos ou separados. Direito, porque antes de tudo é um fato desejado, ter ou manter o filho e tem o direito de criá-lo a sua forma, mas por isso, têm que cumprir o que diz a lei, seus deveres como pai. Isso nos leva a primeira qualidade de um genitor preparado, pai e mãe adequados para tomarem decisões com o outro,

¹⁸ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 202

¹⁹ MUSZKAT, Malvina Ester. **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003, p. 98.

entendendo que direitos e deveres são iguais na criação dos filhos, uma preocupação desinteressada, de maneira a não querer usar os filhos para agredir o outro ou deixar de pagar pensão, se for o caso. As leis determinam inúmeros aspectos positivos e necessários para um melhor desenvolvimento das crianças e adolescentes. O direito de fazer bem ao filho é idêntico ao que a lei obriga, um genitor desqualificado usaria de artifícios e pretextos para querer sua satisfação pessoal, o indivíduo deve ser salvo dessa situação. Como em todo problema, a melhor solução é a prevenção ou, se isso não foi realizado, o diálogo.

Deve-se ter claro que o mediador familiar busca realizar a gestão do conflito entre os pais, essa falta de entendimento entre os dois é motivada pelas opiniões, desejos e interesse individuais de cada um, diferentes e contraditórios. O que o mediador não deve fazer é estabelecer julgamentos sobre a validade de cada desejo, mediação não é seção de aconselhamento, visto que o mediador não poderá ditar soluções, a partir de que ela se desencadeará? Das reflexões sobre as tarefas de cada um. Lilia Godau dos Anjos Pereira Biasoto²⁰ afirma que

A mediação Familiar e conjugal vem ao encontro dessa necessidade de obter instrumentos de intervenção sobre questões relacionadas à violência, em que as partes estejam envolvidas na busca de soluções para conflitos, que não as agressões físicas. A mediação como possibilidade de desenvolvimento de um contexto flexível para o manejo de disputas tem demonstrado sua eficácia e congrega uma série de vantagens; o mediador é o terceiro elemento que possibilita a criação de um contexto favorável à negociação das diferenças e ao estabelecimento de uma comunicação funcional.

Os tipos de soluções familiares podem ser divididas entre unilateral, quando as opiniões, desejos e direitos de uma das partes é privilegiado em detrimento do outro, as opiniões ou desejos da mãe, por exemplo, são consideradas mais importantes que a dos pais. O outro tipo é a solução bilateral, quando as decisões de pai e mãe tem a mesma proporção, porem, não atendem a mais ninguém, nem sequer os próprios filhos. A terceira solução é a que deve-se ser buscada intensivamente por todos, inclusive pelos mediadores, qual seja, a solução social, que atende a todos: leis, sociedades, pais, filhos e mediadores. Apesar da aparência complicada, é bastante simples e tem inicio com o cumprimento das leis, que devem

²⁰ BIASOTO, Lilia Godau dos Anjos Pereira. De que vítima estamos falando? Situações de violência em relacionamentos conjugais. In: MUSZKAT, Malvina Ester (org). **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo: Summus, 2003.

vir antes de qualquer outro fator, seguido dos elementos da sociedade, ou seja, as condições sociais, o que é real e viável dentro da sociedade para que se obtenha a solução. A solução social deve ser buscada por todos, inicia nas leis, busca-se na sociedade e não no mundo particular e a partir dissesse deve-se propor soluções que realmente venham a trazer benefícios para os indivíduos, sem misturar opiniões pessoais, a fim de promover uma busca comum para a solução do litígio.

Como explicado, deve-se atender as leis, mas essas muitas vezes são desconhecidas, a primeira aplicação desse conhecimento é justamente para a busca da solução social, de uma vida melhor e de uma pacificação do mundo. A figura do mediador deve aparecer, cabendo a ele tecer comentários aspectos referentes a colaboração dos envolvidos, o mediador não irá avaliar as soluções propostas, o certo/errado, justo/injusto, mas sim fazer com que os conflitantes conversem e entendam um ao outro e não fiquem estagnados em um processo judicial, Euclides de Oliveira²¹, ao citar o exemplo da separação de um casal, assevera que

A mediação vai mais longe, à procura das causas do conflito, para sanear o sofrimento humano que daí se origina ao casal e aos seus descendentes. O objetivo é evitar a escalada do conflito familiar que nem sempre se extingue com o mero acordo imposto de cima pra baixo. Por meio das sessões de mediação, chama-se o casal à responsabilidade pelo reencontro, a fim de que se preserve a convivência, se não da sociedade conjugal, de pessoas separadas que sejam conscientes dos efeitos que, inexoravelmente, advêm da sociedade desfeita.

Nesse sentido, deve-se ter claro que a mediação familiar pode ter espaço antes do processo judicial, recorrendo-se a um mediador para estabelecer um acordo equilibrado e justo, podendo ser esse acordo, posteriormente, homologado por sentença. Já na fase judicial, a mediação pode ser requerida por iniciativa do próprio poder judiciário ou por iniciativa das partes, sendo utilizada na resolução dos problemas decorrentes do conflito gerador do processo. Em uma fase pós-judicial o instituto da mediação poderá ser utilizado sempre que a família tenha necessidade de reajustar o avençado ou mesmo na pacificação de um novo conflito.

Com a mediação, se pretendo formular um acordo refletido entre as partes, conjuntamente, adaptado a realidade da família, de maneira a completar e compreender os anseios das partes conflitantes, construído e não imposto, podendo

²¹ OLIVEIRA, Euclides de. O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 101-108. mar. 2001.

ser a mediação (ou o acordo) global, ou seja, todas as questões relativas ao conflito são resolvidas ou ainda uma mediação parcial, que vai resolver alguns pontos das desavenças, mas que também é de extrema importância e valia para as partes, uma vez que, na pior das hipóteses, elas restabeleceram o diálogo, Stella Breitman e Alice Costa Porto²² afirmam que

Podemos dizer que a mediação familiar tem o poder de operar mudanças ou transformações, abrindo inúmeras portas e caminhos para que cada pessoa envolvida no processo de mediação escolha o percurso mais conveniente a si e ao seu adversário, na situação conflitiva naquele momento.

A mediação familiar deve também seguir alguns princípios, para que seja desenvolvida de maneira correta e tenha resultados realmente satisfatórios. O princípio da Voluntariedade é compreendido a partir da premissa de que as partes devem ser livres para recorrer à mediação familiar assim como também de desistir dela a qualquer momento, não devendo a mediação ser um ato obrigatório.

Quanto ao princípio do Terceiro dotado de imparcialidade / neutralidade, tem-se que ter sempre em mente que o mediador deve ser imparcial nas suas relações com as partes, sendo igualmente neutro quanto ao resultado, respeitando os ideais das partes, não devendo impor a solução.

Outro importante princípio é o da consensualidade, que consiste na ideia de que a finalidade de todo o processo é a obtenção de um acordo satisfatório para as partes e o desenrolar do feito com base na consensualidade, pois só assim se alcançam soluções que servem os interesses de ambos os conflitantes.

O princípio do caráter iminentemente pessoal é compreendido a partir de que é às partes que compete participar, pessoalmente, nas mediações, sem qualquer ônus ou prejuízos, levando assim ao princípio da flexibilidade, devendo a mediação ser ajustada aos indivíduos participantes de modo a respeitar os desejos e o tempo de cada um, de maneira que a mediação culmine em um processo proveitoso e adaptado a cada família.

O princípio da confidencialidade é de extrema valia a partir do momento que as condições em que se desenrola a mediação familiar deverão garantir o respeito pela vida privada e as discussões que tiverem lugar durante a mediação são

²² BREITMANN, Stella Galbinski; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

confidenciais e não podem ser posteriormente utilizadas. No que tange o princípio da extrajudicialidade, tem-se que um processo de mediação familiar poderá decorrer antes, durante ou depois de um processo judicial, isto porque a mediação deverá ser autônoma face ao poder judicial, não podendo ser com esse confundido, Warat²³, ao discorrer sobre o juiz e o árbitro, aponta que

O Juiz ou o árbitro ocupam um lugar de poder, o mediador, ao contrário, ocupa um lugar de amor. O discurso do mediador é amoroso, transpira cuidados, é constituído por uma trama de infinitos cuidados, de infinitas paciências, como dizia Clarice Lispector, quando tentava pensar o amor.

A mediação familiar, portanto, é um processo de gestão de conflitos no âmbito da família, que aceita a participação de um terceiro imparcial, porém, as decisões tomadas são de responsabilidade dos envolvidos no conflito, de maneira que o mediador é um facilitador desse diálogo, sendo unicamente os envolvidos responsáveis pelo resultado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é a instituição social mais antiga do mundo, e, acompanhando a sociedade como um todo, vem apresentando mudanças e evoluções com o passar dos anos, de maneira a se adequar ao tempo do mundo. Como uma instituição a família em muitas vezes apresenta conflitos, que em muitos casos leva-se a um processo judicial.

O conflito familiar revela-se muito complexo, indo além desses conflitos jurídicos, sendo permeado por sentimentos, frustrações, vulnerabilidade, decorrendo a partir desses sentimentos (não tratados) o sentimento de ódio e vingança. Reconduzir o problema a uma perspectiva estritamente jurídica deixará de lado um conjunto de problemas que poderão repercutir-se mais tarde, surgindo assim, a necessidade de obter-se meios alternativos para a resolução de conflitos, tratando-se do presente artigo, especialmente de resolução de conflitos no âmbito familiar, nesse sentido, surge o instituto da mediação como forma alternativa ao poder judiciário, com resultados mais satisfatórios e completos, indo além da mera decisão,

²³ WARAT, Luiz Alberto. **Mediação acerca de uma Estéril Polemica da Linguagem Normativa**. Buenos Aires:Cooperativa de Direito e Ciências Sócias , 1970.

da procedência ou da improcedência, mas tratando do conflito a partir dos olhos dos principais interessados: os conflitantes.

A mediação caminha no sentido oposto à do conflito judicial, o qual origina um ganhador e um perdedor. A mediação pode ser entendida como um método de solução de conflitos no qual as partes envolvidas recebem a intervenção de um terceiro, o mediador, que contribui, por meio da reabertura do diálogo, a chegar a possibilidades inventivas para a solução da disputa, em que ambos fiquem satisfeitos. Nesse sentido, é perceptível que a mediação é destinada àqueles que prezam a relação pessoal ou de convivência com aquele com quem se está em conflito.

A mediação familiar surge como uma forma inovadora de abordagem jurídica e também como alternativa ao sistema tradicional judiciário para tratar de conflitos, na qual dois aspectos são fundamentais: a cooperação entre as partes e a disponibilidade de solucionar o conflito para que aconteça um acordo entre os envolvidos.

Dado o curto período de tempo que a mediação é colocada como alternativa é possível afirmar que seus resultados ainda não consolidaram sua eficácia, entretanto, com o passar dos dias, é possível construir uma nova cultura de respeitabilidade e tolerância que transcende os dias da convivência familiar afetiva e amorosa, para que na impossibilidade de seguimento, os valores da dignidade e do respeito orientem o novo momento de convivência social, ainda que separados.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BIASOTO, Lilia Godau dos Anjos Pereira. De que vítima estamos falando? Situações de violência em relacionamentos conjugais. In: MUSZKAT, Malvina Ester (org). **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003.

BREITMANN, Stella Galbinski; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

DIAS, Maria Berenice . **Manual do Direito das Famílias**. 8. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de (coordenador). **Temas atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LÉVI-STRAUSS, C. As estruturas elementares do parentesco. Tradução de Mariano Ferreira. São Paulo: Edusp 1976.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003.

OLIVEIRA, Euclides de. O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 101-108. mar. 2001.

SARTI, Cynthia A. **A família como espelho**: um estudo sobre a moral dos pobres. – 4. ed. – São Paulo: Cortez, 2007, p. 39

SPENGLER, Fabiana Marion e NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação enquanto política pública**: a teoria, prática e o projeto de lei. 1.ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.