

DIREITO

Os Novos Meios de “Ser Família” no Brasil e a Mediação Familiar¹

*Fabiana Marion Spengler*²

Resumo

O presente artigo se propõe a abordar a mediação como uma prática mais adequada qualitativa e quantitativamente no tratamento de conflitos familistas. Considerada como uma arte, a análise da mediação terá como fio condutor o restabelecimento da comunicação entre as partes, sem a imposição de regras, auxiliando-as a chegar a um reconhecimento recíproco que produza uma nova percepção do conflito. Como possui uma cadência temporal própria, a mediação pode organizar as relações familiares, auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas com autonomia, reduzindo a dependência de um terceiro (juiz), possibilitando o entendimento mútuo e o consenso.

Palavras-chave: Conflito. Jurisdição. Mediação. Direito de família. Consenso.

¹ O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPq (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela Fapergs (Edital Recém-Doutor 3/2009, processo 0901814) coordenado pela autora.

² Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* (*Mestrado e Doutorado*) da última instituição, coordenadora do Grupo de Estudos “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq, coordenadora do projeto de pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPq (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela Fapergs (Edital Recém-Doutor 3/2009, processo 0901814), coordenadora e mediadora judicial junto ao projeto de extensão “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos”, advogada.

The new ways of “being family” in Brazil and the Family Mediation

Abstract

This article looks at mediation as the most appropriate qualitative and quantitative practice for the resolution of conflicts within families. It is considered to be an art, and the mediation has, as its objective, the re-establishment of communication between the participants, without the imposition of rules, thereby helping to reach a reciprocal recognition that can produce a new perception of the conflict. The mediation takes time, and can help organize family relationships, helping the participants resolve their problems with autonomy, thereby reducing the dependence on a third person (judge), and making it possible for mutual understanding and consensus.

Keywords: Conflict. Jurisdiction. Mediation. Family law. Consensus.

A família é, com certeza, uma das instituições que mais alterações sofreu na era moderna, passando por diversas fases, desde os aspectos religiosos pelos quais era permeada, na reprodução de um modelo de discriminação da mulher, no estereótipo do homem machista e dominador (chefe do casal), circulando pela desigualdade de tratamento entre filhos biológicos e adotivos e pela paternidade irresponsável. Fomentada pela evolução social, essa visão estreita da família começou a ganhar abertura e foi, gradativamente, alcançando outros contornos.³

Tais alterações do núcleo e dos costumes familiares ocorreram principalmente em razão de uma “crise familiar” Nesse sentido, objetiva-se discutir a desinstitucionalização/desconstrução do modelo familiar a partir das crises pelas quais passam as instituições modernas, sem contudo ter a pretensão de analisar demoradamente cada uma delas e centrando a discussão na família e no tratamento⁴ de

³ É por isso que, na concepção de Maria Berenice Dias, atualmente não podemos mais falar de um Direito “de” família e sim de um Direito “das” famílias, tal é a pluralidade e a diversidade de relações por elas abarcadas e as formas pelas quais são constituídas. Nesse sentido ver: Dias, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁴ Aqui, utilizar-se-á a expressão “tratamento” em vez de “resolução” de conflitos, justamente por entender que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Isto porque “a supressão dos conflitos é relativamente rara. Assim como relativamente rara é a plena resolução dos conflitos, isto é, a eliminação das causas, das tensões, dos contrastes que os originaram (quase por definição, um conflito social não pode ser “resolvido”).” (Bobbio, Norberto; Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 228). Por conseguinte, a expressão “tratamento” torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito buscando uma resposta satisfativa. Sobre o assunto ver também Bolzan de Moraes, José Luis; Spengler, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

seus conflitos. Analisar a desconstrução⁵ que o modelo familiar vem sofrendo com o passar do tempo é importante quando o que se pretende debater é o modo mediante o qual os conflitos familiares estão sendo tratados. Nesse sentido o que se verifica é que a família mudou e essa é uma realidade absoluta, no entanto a jurisdição ainda decide os conflitos familiares com a utilização de velhas “molduras”, ou seja, a família mudou, mas a concepção processual de seus conflitos, baseada em ritos inflexíveis e em legislações muitas vezes inadequadas, continua a mesma.

Isso posto, a proposta é abordar a mediação como uma prática mais adequada qualitativa e quantitativamente no tratamento de conflitos familistas. Definida como uma arte, “a arte de compartilhar”,⁶ sua análise terá como fio condutor o restabelecimento da comunicação entre as partes, sem a imposição de regras, auxiliando-as a chegar a um reconhecimento recíproco que produza uma nova percepção do conflito.

Possuidora de uma cadência temporal própria, colocando-se “entre” as partes e agindo como instrumento de justiça social, a mediação pode organizar as relações familiares, auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas com autonomia, reduzindo a dependência de um terceiro (juiz), possibilitando o entendimento mútuo e o consenso.

Sem abordar a teoria do conflito e as demais práticas de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) por uma questão de limitação de espaço, o presente texto propõe pensar a mediação familiar não ape-

⁵ Sobre a construção e a desconstrução de modelos familiares é importante a leitura de Grunspun, Haim. *Mediação familiar*. O mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000, especialmente p. 65-86.

⁶ Warat, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 40.

nas como meio de acesso à justiça, aproximando o cidadão comum e “desafogando” o poder Judiciário. Pretende-se “discutir mediação familiar” enquanto meio de tratamento de conflitos não só quantitativamente, mas qualitativamente mais eficaz, proporcionando às partes a reapropriação do problema, responsabilizando-se por suas escolhas e jurisconstruindo⁷ os caminhos possíveis.

Assim, sendo essa a proposta de discussão, é importante que primeiramente se mencione a noção exata do que se pretende ao discutir a crise familista e as dificuldades atuais de tratar os conflitos dela advindos.

A Desinstitucionalização do Modelo Familiar e os Novos Meios de “Ser Família”

Na verdade, para falar de desinstitucionalização do modelo familiar é preciso iniciar delimitando os contornos da palavra crise para, a partir dela, entabular as discussões propostas. Desse modo, Jean André Arnaud observa que, ao falar em “crise”, é possível começar exatamente da mesma maneira em Filosofia ou História das Ciências, Medicina, Psiquiatria ou Economia. Consequentemente, existe um conjunto de traços comuns a toda crise, desde que se situe a análise a um nível profundo, ou seja, das estruturas reais do fenômeno estudado. “Com efeito, a crise aparece então como um momento no qual se inicia o jogo do par de oposição continuidade/ruptura”.⁸

⁷ O termo “jurisconstrução” é um neologismo jurídico criado por José Luis Bolzan de Moraes. Vide Bolzan de Moraes, José Luis; Spengler, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁸ Arnaud, Jean André. *O Direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 171.

Ao discorrer sobre continuidade/ruptura, porém, é necessário supor uma “intervenção bastante forte para criar um risco de ruptura no seio de um estado de coisas, de uma ‘ordem’ até então não contestada... ou pelo menos não colocada em questão”. Diante de tal situação é suficiente dizer que “estamos em crise”: convém, além disso, precisar “em que medida a crise se revela ameaçadora numa intervenção determinada, que continuidade se encontra em perigo, de qual ordem ela é passível de arruinar a estabilidade”.⁹

Com relação à crise da família brasileira, a ruptura ocorreu (e continua ocorrendo) em virtude de sua reestruturação, na nova distribuição de papéis, na valorização da igualdade entre os cônjuges, na impossibilidade de discriminação quanto aos filhos, nas novas maneiras de constituir e ser família (família monoparental, unipessoal, matrimonial, unida estavelmente, homoafetiva, família pluriparental...) e na valorização do afeto independentemente da existência de diversidade sexual nas relações. Desse modo, a família hoje é vista como “um istituto storicamente e socialmente condizionato: le sue funzioni e la sua struttura mutano nelle diverse società, evolvo di pari passo com le trasformazioni economiche, sociali, culturali, e sono profondamente condizionate dal fattore religioso”.¹⁰

Assim, as crises e consequentes influências econômicas, culturais e sociais que foram experimentadas pela sociedade, pelo Estado e pelo Direito também foram fatores importantes na (des)construção do atual modelo familista.

Por conseguinte, a proposta é discutir a família como uma instituição que, como as outras, sofre influências sociais, culturais e econômicas, passando por crises que invariavelmente redundam na

⁹ Arnaud, 1991, p. 172.

¹⁰ Ferrando, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 3.

sua transformação. Pode-se dar início mencionando que no século 19, a família até então extensa aos poucos começa a se desagregar, perdendo, gradativamente, o sentimento de solidariedade, ao mesmo tempo, o espaço familiar se transforma, e o fundamento da família perde seu caráter institucional. Desse modo, segundo Arnaud, o que resta da família é percebido como lugar da “tirania”, ela passa a ser vista “como estrutura de opressão”, que foi retomado pelas “feministas às quais se deve um certo número de melhorias ulteriores da situação da mulher casada no seio da célula familiar”. Posteriormente esse mesmo discurso foi feito pelos defensores dos direitos da criança e do adolescente e do idoso com grande sucesso.¹¹

Agora estamos diante de uma profunda mutação da família. Os demógrafos e os sociólogos observaram que o vínculo afetivo se sobrepôs à concepção da família como espaço econômico. Assim, a mutação familiar demanda: sua evolução, sua natureza dupla (o que significa ser, ao mesmo tempo, fenômeno de direito e fenômeno de costumes), bem como os problemas que suas diversas funções, econômica, social e afetiva colocam.

Desse modo, a família se tornou tão importante na produção de normas de regulamentação social que, hoje, se fala, juntamente com uma política legislativa da família, de políticas públicas de família ou simplesmente de uma política da família. O que absolutamente não implica, como observa um especialista, que “o que se poderia chamar de privatização da família ou de sua desinstitucionalização, [...] signifique [...] uma autonomização da estrutura familiar em relação à intervenção pública. A partir daí pode-se demonstrar que uma

¹¹ Arnaud, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 86.

política familiar deve ser concebida como uma vontade política de promoção e de proteção bem afastada de “uma submissão pragmática e sem linha diretora às urgências do momento”.¹²

Nesse contexto Luiz Edson Fachin salienta a desinstitucionalização do modelo familiar ao analisar várias fotografias minuciosamente descritas. Mostra as principais mudanças do núcleo familiar com o passar do tempo apontando para a falência de determinados dogmas até então predominantes. Ressalta a existência de “uma certa liberdade de escolha e a valorização do sentimento de eleição afetiva”, de modo que o modelo clássico começa a ruir. Paulatinamente nasce a “família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemocrática da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento”.¹³ Desse modo, aspira-se à felicidade.¹⁴

A desinstitucionalização do modelo familiar até então vigente determina inovações na interpretação e aplicação do texto legal que já não podem ocorrer de forma cartesiana. Essas necessidades vão além da legislação até então posta, novos questionamentos se impõem e a certeza e segurança se dissolvem com o tempo.

¹² Arnaud, 1999, p. 87- 88.

¹³ Fachin, Luiz Edson. A desinstitucionalização do modelo familiar: possibilidades e paradoxos sob o neoliberalismo. In: Mello, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização – a soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 207-219.

¹⁴ A evolução do Direito de Família segue, neste sentido, uma evolução social que, recuperando a singularidade da experiência humana, faz da liberdade a verdadeira protagonista da diversificação das estruturas familiares (Zambrano, Virgínia. *Conflitos familiares e técnicas de desincentivação da “litigation”*. A mediação familiar na experiência européia. In: Spengler, Fabiana Marion; Rosa, Alexandre Moraes da. *Mediação e justiça restaurativa: alternativas à uma jurisdição em crise*. (No prelo)).

Especificamente sobre tempo, segurança e certeza, François Ost trabalha os laços familiares ressaltando que “a família foi a instituição que, por excelência, resistia ao tempo: a base estável da pertença, fundada na natureza, que garantia a impossibilidade da aliança e a perenidade do parentesco”. Desse modo, a resistência temporal se dava por meio da articulação da diferença entre os sexos e as gerações, de modo que os papéis e lugares eram distribuídos oferecendo a cada pessoa “um tempo estabilizado que podia significar segurança e desenvolvimento”. A evolução, contudo, libertou a família das amarras religiosas e tornou-a contratual, baseada nas vontades livres e iguais dos seus protagonistas. Desse modo a família deixou de desafiar o tempo para se expor a ele, como todo o resto. Por conseguinte, “chamada a construir o tempo – o tempo negociável da aliança, e o tempo incondicional da parentalidade e, em caso de divórcio ou separação, os tempos da ‘antiga’ e da ‘nova’ família – a incerteza das referências”.¹⁵

Assim, a família deixou de ser a instituição encarregada de assegurar a prole legítima e a transmissão do patrimônio, aquela que garantia a distribuição dos papéis e de lugares para se transformar numa rede de relações afetivas, sentimentais e de solidariedade, na qual se aposta na construção de laços de afeto baseados nas identidades pessoais de cada um dos seus componentes e na interação entre seus membros. Desse modo, teríamos um mundo no qual as relações familiares seriam escolhidas, a paternidade afetiva se sobreporia à paternidade registral e à paternidade biológica. Esse novo modelo propõe que o rompimento da sociedade conjugal ocorresse quando o afeto, o companheirismo e os objetivos comuns já não existissem.

¹⁵ Ost, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Edusc, 1999. p. 384.

A ruptura ocorre diante do fato de que a sociedade precisa de ficções que possam dizer “quem é quem relativamente a quem”, poupando os indivíduos da “tarefa delicada de ter de se fundarem a si mesmos”.¹⁶ É como se a ruptura, “referindo o indivíduo a um corpo colectivo socialmente instituído, lhe conferisse uma identidade mais forte e mais estável, fonte de reconhecimento e de estatuto: algo diferente da dependência instável das trajectórias de vida individuais submetidas à sedução, mas também à ameaça do olhar do outro”.¹⁷

Segundo Ost, no entanto, é preciso questionar se a definição do elo familiar fica, então, remetida à vontade dos indivíduos, sendo tudo permitido. O mesmo autor responde: às vezes, parece que sim, quando se examinam certos pedidos dirigidos aos tribunais. Por exemplo, o dos avós desejosos de adotar o neto, expondo-o assim a tornar-se irmão de sua mãe. Poderemos, contudo, censurar as vontades, sem dúvida bem intencionadas, de transgredir as diferenças de idade, haja vista a lei ter renunciado a dizer *a priori* o sentido dessas relações? E que pensar dos pedidos, muito numerosos, dos padrastrós e madrastas que desejam proceder à adoção plena do filho do seu cônjuge, o que tem como consequência cortar qualquer vínculo jurídico com o outro progenitor da criança, bem como com a sua linhagem: ter-se-á o direito de pôr assim um termo a toda uma parte da história pessoal da criança?¹⁸

¹⁶ Exemplificando essa necessidade de absorver papéis e condutas postos e impostos socialmente Simone de Beauvoir explica a submissão do sexo feminino ao masculino como um caminho nefasto e passivo, alienado, perdido, no qual a mulher, para não precisar fundar-se a si mesma, aceita o papel que lhe é imposto pelo homem, evitando, assim “a angústia e a tensão da existência autenticamente assumida” (Beauvoir, Simone de. *O segundo sexo*. 1. fatos e mitos. Tradução de Sérgio Millet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [198?]).

¹⁷ Ost, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Edusc, 1999. p. 386.

¹⁸ Ost, op. cit., p. 389.

Por conseguinte fica como proposta do referido autor a possibilidade da “emergência de duas figuras de compromisso originais: a invenção de um tempo conjugal mais permanente, apesar e além da separação, e a instalação de um tempo parental mais aberto, flexível e plural, devido à recomposição familiar que terá ocorrido com frequência. No primeiro caso, o tempo conjugal mais permanente, ainda que separados os cônjuges, pode ser traduzido por um novo modelo parental que garanta à criança a responsabilização de ambos os genitores em sua criação e educação (poderíamos aqui fazer referência à guarda compartilhada).¹⁹ Desse modo teríamos um “casal parental” que pode “sobreviver ao casal conjugal”, acreditando que é possível divorciar-se do cônjuge, mas não dos filhos. “Inversamente, tornar o tempo parental aberto e plural significa inventar as figuras da “pluriparentabilidade”, correspondente às novas constelações familiares entre as quais a criança circula doravante”.²⁰

Conseqüentemente, a desinstitucionalização da família a expõe ao tempo, de modo que novos “tempos” precisam ser criados. O núcleo familiar restrito e fechado em si mesmo, que anteriormente não sofria nenhuma ou quase nenhuma influência do Estado, agora vem substituído por um novo modelo que absorve as transformações cotidianas. Assim, a família atual se apresenta “sequestrada e exposta” ao tempo, conseqüentemente precisa de novos “tempos” conjugais e parentais para que possa oferecer respostas a questões prementes.

¹⁹ Nesse sentido ver Spengler, Fabiana Marion; Spengler Neto, Theobaldo. Guarda compartilhada e o novo Código Civil Brasileiro. In: Spengler, Fabiana Marion; Spengler Neto, Theobaldo. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

²⁰ Ost, op. cit., p. 390-391.

A Falência das Formas Tradicionais de Tratar os Conflitos Familistas e as Alternativas²¹

A discussão quanto à possibilidade de oferecer respostas aos atuais conflitos familiares geradores de novas formas de constituir e de ser família pode ser remetida ao poder Judiciário. A sociedade democrática atual permanece inerte enquanto suas contendas são decididas pelo juiz. Da mesma forma, como o cidadão de outrora esperava pelo Leviatã para que este fizesse a guerra em busca da paz, resolvesse os litígios e trouxesse segurança ao encerrar a luta de todos contra todos, atualmente vemos o tratamento e a regulação dos litígios serem transferidos ao Judiciário, esquecidos de que o conflito é um mecanismo complexo que deriva da multiplicidade dos fatores, que nem sempre estão definidos na sua regulamentação; portanto, não é só normatividade e decisão.

Assim, unidos pelos conflitos, os litigantes esperam por um terceiro que os solucione. Espera-se pelo Judiciário para que decida sobre quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas não democrática que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a uma decisão democrática.

²¹ É importante referir que a palavra “alternativas” não pretende dar a ideia de uma “justiça alternativa” – nos moldes do direito alternativo – e sim de uma “alternativa” para a jurisdição, sinônimo de outra estratégia/possibilidade/opção para tratar a complexidade conflitiva atual. Essa outra alternativa/estratégia/possibilidade/opção não pretende suplantar as práticas de jurisdição tradicionais, propondo a coexistência de ambas e trabalhando com a ideia de uma outra cultura (consensuada e mais democrática) de tratamento dos conflitos. Sobre o assunto: Bolzan de Moraes, José Luis; Spengler, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

É por isso que precisam ser pensados mecanismos alternativos de tratamento dos conflitos, tais como a mediação, enquanto *locus* democrático que possua uma nova ideia de jurisdição, mais democrática, que trabalhe com a concepção de autorregulamentação dos conflitos por parte do sistema social, numa perspectiva democrática, redefinindo, de forma radical, o modelo de terceiro (que decide) e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo e pouco democrático da jurisdição.

Justamente por isso a mediação surge como espaço democrático de decisão, uma vez que trabalha com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior às partes, põe-se no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso (e não como uma instância não estatal de “construção/imposição” de decisões), num pertencer comum, que possa trabalhar com a ideia de uma nova democracia.

Nesse contexto, a mediação é considerada atualmente uma maneira “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.²²” Trabalha com a lógica na qual um “terceiro neutro tenta, através da organização de trocas entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com sua ajuda, uma solução para o conflito que os opõe.²³” O acordo final vertido da mediação “resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no con-

²² Warat, Luis Alberto (Org). *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Florianópolis: Almed, 1998. p. 5.

²³ Bonafê-Schmitt, Jean Pierre. *La Mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992. p. 16-17.

flito.²⁴ Diz-se dela que é uma forma consensuada de tratamento do litígio, uma vez que o terceiro mediador²⁵ tem “um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa.”²⁶ Por isso, não se pode perder de vista a importância desta prática em uma sociedade cada vez mais complexa, plural e multifacetada, produtora de demandas que a cada dia se superam qualitativa e quantitativamente.

Atualmente “a mediação é um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, que vem baseada no litígio e possuindo como escopo objetivo idealizado e fictício como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo.” Essa verdade²⁷ deve ser “descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus” na tentativa de “descoberta da verdade

²⁴ Haynes, John M.; Marodin, Marilene. *Fundamentos da Mediação Familiar*. Tradução de Eni Assunção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artmed, 1996. p. 11.

²⁵ Luis Alberto Warat afirma que a função do mediador é “provocar-te estimular-te, para te ajudar a chegar no lugar onde possas reconhecer algo que já estava ali (ou em ti)”. Esse é o papel do mestre, e também o papel do mediador (Warat, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 13).

²⁶ Moore, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 28.

²⁷ A verdade formal que emerge do processo, das provas e da capacidade das partes de produzi-las, retrata um sistema tradicional de solução de conflitos que necessita de socorro. Na jurisdição tradicional, o Estado-juiz enquanto definidor dos direitos das partes, detentor do poder de estabelecer o melhor direito, decorre e depende que o litígio siga até o seu final. As partes, em regra, “ganham” e/ou “perdem”; o julgador decide quem tem o melhor direito e assim define. Ao contrário na mediação, as partes constituem, com o auxílio dos mediadores, um mecanismo capaz de gerir seus próprios conflitos (Bolzan de Moraes, José Luiz; Spengler, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

que é só imaginária”.²⁸ A ciência e o pensamento linear cartesiano têm como pressuposto evitar a dúvida, apontando o certo, o verdadeiro, o indubitável. Desse modo, as verdades científicas impossibilitam a indagação e o risco.

A procura da verdade, nos termos da ciência mecanicista, é, por si mesma, violenta. Traduz-se numa forma de manipulação do mundo e dos outros. Ninguém pode predizer o real, ninguém sabe o que vai acontecer; por isso, as verdades como momentos predizíveis do saber da ciência são uma ficção, mito destinado a satisfazer nossa criança insatisfeita e os lugares-comuns de medo, com as quais pretendemos dotar “de sentido o sentido da existência”.²⁹

É por isso que a mediação não é uma ciência e sim uma arte e que o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito oferecendo às partes liberdade para tratá-lo. A mediação, porém, suscita um paradoxo composto pelo fato de dizer ao juiz que não desenvolva o papel que disseram ser o seu, isto é, deixar de decidir e adjudicar para conciliar e mediar. Consequentemente, o que se pede é que pacifique sem decidir, quando o seu papel é tradicionalmente o de decidir sem, necessariamente, pacificar.

Nestes termos, se comparada a decisão judicial à composição consensual entre as partes, percebe-se que a primeira tem por base uma linguagem terceira normativamente regulada. Ao contrário, a mediação desmancha a lide, decompõe-na nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem as suas

²⁸ Warat, Luis Alberto (Org). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: Almed, 1998. p. 11.

²⁹ Warat, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 117-118.

identidades construídas antagonicamente. A mediação pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, para que se transformem em algo de bom à sua vitalidade interior.

Contextualmente, enquanto em juízo tudo se movimenta em torno do magistrado (autoridade que tem poder de decidir e de dizer quem ganha e quem perde o processo), na mediação os conflitantes tomam em suas mãos a condução do litígio e o seu tratamento. A figura do mediador não possui papel central; via de regra, seu papel é secundário, seu poder de decisão é limitado ou não oficial; ele não pode unilateralmente obrigar as partes a resolverem a contenda ou impor decisão. Deve mediar as partes ou reconciliar os interesses conflitivos, conduzindo que elas concluam com o seu impulso a melhor solução.³⁰

É nessa linha que a mediação como ética da alteridade³¹ reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador. A mudança de lentes ao olhar para os conflitos traz uma nova concepção deles. As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagonicas como complementares, e o direito como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distâncias,

³⁰ Bolzan de Moraes, José Luis; Spengler, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³¹ Sobre alteridade Warat escreve que “falar de alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos... Enfim, é a alteridade, a outridade como possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no mesmo, a diferença com o outro... nesse sentido, também se fala em outridade ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgando aos modos de dizer do direito, no litígio” (Warat, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 62).

vão para a lixeira. Começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado das interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos.³²

Justamente por isso a mediação é, essencialmente, um procedimento democrático, porque rompe, dissolve os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, postos e expostos de forma hierarquizada. É democrática quanto ao fundamento da relação de um com o outro, é uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de resposta) para uma alternativa partilhada e convenionada que tenha por base um direito inclusivo, que possa trabalhar com uma matriz autônoma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de resolução adversária de disputas jurídicas modernas, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade. A mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e para oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do Direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio.

A Mediação Familiar Como Meio de Restabelecer a Comunicação e Humanizar as Relações de Afeto

Justamente por sofrer de modo direto a evolução social, e por refletir essa evolução em seu contexto conflitivo, a família atual precisa de desdobrada atenção ao tratar os litígios advindos do elo conjugal/parental, especialmente aqueles decorrentes do seu rompimento.

³² Warat, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 55.

A mediação familiar poderá ser uma alternativa mais vantajosa, mais próxima e menos dolorosa de tratamento desses conflitos, justamente porque é um procedimento interdisciplinar que pretende conferir aos seus envolvidos autonomia e responsabilização por suas próprias decisões, convidando à reflexão e ampliando escolhas e alternativas.³³ É não adversarial, pois pretende desconstruir impasses que impedem a comunicação,³⁴ transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um procedimento confidencial e voluntário no qual o mediador, terceiro imparcial, facilita e promove a comunicação entre os conflitantes. Consequentemente, o acordo pode ser um dos desfechos possíveis, mas ainda que ele não ocorra, se o diálogo amistoso foi restabelecido, a mediação poderá ser considerada exitosa.

Nesse mesmo sentido, observa-se que a mediação familiar é um procedimento “imperfeito que emprega uma terceira pessoa imperfeita para ajudar pessoas imperfeitas a concluir um acordo imperfeito em um mundo imperfeito”.³⁵

Especificamente no âmbito familista a mediação é o processo que, por meio do uso de técnicas de facilitação, aplicadas por um terceiro interventor numa disputa, estabelece o contexto do conflito

³³ “La mediazione è uno strumento flessibile, che aiuta la famiglia a mettere in gioco le capacità di soluzione del disaccordo piuttosto che lavorare sull’aument del disagio; si attua tra genitori e figli, tra marito e moglie, nella gestione di attività della famiglia o nel dare risposta a problemi di vario genere: il cambiamento di residenza, la malattia dei nonni, la scelta degli studi, una decisione importante come comprare una casa, imbiancare l’appartamento, progettare le vacanze” (Giommi, Roberta. *La mediazione nei conflitti familiari*. Affrontare e risolvere i conflitti all’interno della famiglia, nella separazione e nel divorzio. Firenze: Giunti, 2006. p. 65).

³⁴ Sobre o tema é importante a leitura de Rosenberg, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006.

³⁵ Marlow, Lenard. *Mediación familiar – una práctica en busca de una teoría – una nueva visión del derecho*. Barcelona: Granica, 1999. p. 31.

existente, identifica necessidades e interesses, mediante recursos advindos da Psicologia e da Assistência Social, produzindo decisões consensuais, posteriormente traduzidas em um acordo levado ou não à homologação.

Justamente porque aplica os conhecimentos e os serviços de áreas próximas porém diferentes (Direito, Psicologia e Serviço Social) a mediação familista é considerada uma prática transdisciplinar que se utiliza do trabalho de um mediador e de um ou mais comediantes, que formam uma equipe multidisciplinar com várias competências que se complementam entre si, oferecendo às partes uma assistência integral. O papel da transdisciplinaridade é justamente constituir um conhecimento em rede que permita a integração de diferentes paradigmas para atender necessidades diversas.³⁶

Por conseguinte, enquanto instrumento de difusão e aprimoramento da prática e do pensamento interdisciplinar, a mediação empresta ao fenômeno jurídico – e aqui leia-se Direito familista – a necessária visão da complexidade inerente ao ser humano. Tal se dá porque a mediação inter/transdisciplinar apela ao ser profissional da área de Ciências Humanas, requerendo o exercício da empatia e contribuindo para a formação e prática de um novo paradigma que vá além da cultura do litígio.³⁷

Nos procedimentos de mediação familiar algumas definições se apresentaram após o desenvolvimento dos trabalhos: a) em casos de separação e divórcio o procedimento é feito com o casal, mas pode estender-se a todo o grupo familiar; b) o caminho para chegar ao acordo

³⁶ Muszkat, Malvina E. et al. *Mediação transdisciplinar*. Uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008. p. 48-49.

³⁷ Goeninga, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar: um novo paradigma. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 8, n. 40, p. 152-170, fev./mar. 2007.

depende da habilidade do mediador e da disposição real de cada parte em mudar conceitos e atitudes próprias, evitando a conduta litigiosa; c) o mediador deve contar com o auxílio de um supervisor ou um comediador, de preferência com qualificação profissional diferente da sua própria; d) o mediador trabalha com a relação familiar, com a relação do casal; e) os dois negociadores são pais e/ou duas pessoas que construíram uma vida em comum, uma sociedade conjugal ou familiar; f) o consenso ajuda a reorganizar a vida comum do casal, em prol dos filhos, bem como a vida familiar no caso de contendas entre pais e filhos.³⁸

O recurso à mediação familiar, entretanto, não intervém unicamente em caso de divórcio ou de separação; a medida familiar recobre tudo o que diz respeito à família: as relações do casal, sim, mas também e tanto quanto as relações entre pais e filhos (qualquer que seja sua idade), nas relações entre irmãos e irmãs (por exemplo, em caso de sucessão, etc.), bem como todo o ambiente familiar.

Da mesma forma, cumpre observar que nem todos os casos que envolvem o âmbito familiar são mediáveis. Existem limites para a utilização da prática mediativa. Existem, por exemplo, casos que envolvem violência conjugal que podem ser ou não objetos de mediação. Se temos um caso de violência doméstica física ou psíquica, talvez tenhamos uma mulher tão atemorizada que não consiga expor suas opiniões ou cuidar de seus interesses. Nesses casos a mediação pode não ser o melhor caminho.³⁹

³⁸ La mediazione è utile ogni volta che in famiglia un problema tiene le persone in una situazione di stallo e quando non ci sono sufficienti risorse per prendere una decisione...un altro settore importante della mediazione è quello dell'aiuto alle famiglie che si ricompongono dopo la separazione: in questo caso si devono elaborare nuove regole familiari e risolvere i problemi delle convivenze complesse". (Giommi, Roberta. *La mediazione nei conflitti familiari*. Affrontare e risolvere i conflitti all'interno della famiglia, nella separazione e nel divorzio. Firenze: Giunti, 2006. p. 65-66).

³⁹ César-Ferreira, Verônica A. da Motta. *Família separação e mediação uma visão psicojurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 168.

Tratando-se de um procedimento essencialmente voluntário, toda mediação que é imposta também se traduz em um procedimento pouco democrático, que não atingirá seus objetivos principais: restabelecer a comunicação e o diálogo objetivando chegar ao acordo.⁴⁰

Nesses casos, o que se pode propor como ética particular ao mediador familiar? a) primeiramente uma ética do tempo. A justeza e a prudência, neste domínio, consistem em prever o tempo que é necessário: nem muito pouco, pois trata-se de respeitar as maturações necessárias; nem demais, pois trata-se de não transformar as mediações em assistências passivas intermináveis; b) uma ética também de espaço. O mediador não tem de tomar partido, ele deve guardar suas distâncias para continuar a ver claramente. Não é neutralidade fria, mas é necessidade de evitar o sentimentalismo. O mediador deve estabelecer um terceiro espaço, ser ele mesmo este espaço intermediário. Convém também que o mediador estabeleça um campo claro, no qual ele faça estritamente a mediação e que não seja outra coisa além de um mediador: um advogado, por exemplo, ou um psicoterapeuta; c) enfim, uma ética da relação, na qual a mediação familiar seja primeiramente prevenção, que, como para a saúde, haja levantamentos de saúde familiar mediante os quais se possa apelar a um mediador com quem a família dialogaria pacificamente, antes mesmo que se declarasse um problema.⁴¹

⁴⁰ Esse é o posicionamento da maioria dos estudiosos do processo de mediação: ela somente será eficaz se for um procedimento voluntário, cuja escolha por aderir ou não pertence aos conflitantes, no entanto o projeto de lei (Nº 4.827-B, DE 1998) que atualmente tramita prevê no seu artigo 34 a obrigatoriedade da mediação incidental no processo de conhecimento, fazendo algumas ressalvas. Tal obrigatoriedade é motivo de muita polêmica. Sobre o tema é importante a leitura de Pinho, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

⁴¹ Six, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 71-72.

A mediação familiar brasileira (assim como aquela realizada em outras áreas do Direito) vem se desenvolvendo em sessões conjuntas ou individuais (privadas) das quais participam todos os envolvidos no conflito e pretende: a) auxiliar a detectar as áreas geradoras da contenda; b) avaliar os motivos ocultos da mesma; c) direcionar para novas diretrizes de composição; d) impor restrições nas áreas em conflito, para que ele não tome proporções inadequadas; e) demonstrar total imparcialidade do mediador, como pessoa a serviço de todos os envolvidos; f) finalizar com a redação de um acordo, se conseguido, pelos disputantes.⁴²

Nota-se que no decorrer do processo de mediação vão sendo atribuídas aos conflitos diferentes significações. Assim sendo, ao terem esta percepção as partes, que acabam por se aceitarem como autores do problema, conseguem facilmente traçar a solução/forma de tratamento mais vantajosa.

Atualmente aqueles que trabalham com a mediação reconhecem inúmeras vantagens nesse instituto, dentre elas: é um procedimento voluntário e sigiloso, trazendo certa tranquilidade às partes, especialmente nas disputas que determinam privacidade; as partes envolvidas, geralmente, rateiam os custos e honorários, custos estes que, normalmente, são muito inferiores aos casos que passam por um julgamento, além da menor burocracia, e, principalmente, reduz em muito o sentimento de ansiedade que os envolvidos experimentam.

A mediação familiar pode ser, muitas vezes, a única forma de gestão democrática dos conflitos. Além disso, ela pretende, nas exatas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira,⁴³ que o Judiciário deixe de ser

⁴² Conforme Cachapuz, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 49.

⁴³ Pereira, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: Leite, Eduardo Oliveira; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família*. São Paulo: RT, 2009. p. 326-327. V. 4.

o lugar onde as partes depositam os seus restos. O resto do amor e de uma conjugalidade que deixa sempre a sensação de que alguém foi enganado, traído. Como a paixão arrefeceu e o amor obscureceu, o “meu bem” transforma-se em “meus bens”. E aí um longo e tenebroso processo judicial irá dizer quem é o culpado da separação. Enquanto isso, não se separam. O conflito, aliás, é uma forma de não se separarem, pois enquanto dura o litígio a relação continua. Já que não podem se relacionar pelo amor, relacionam-se pela relação prazerosa da dor.

Não se pode esquecer que acessar à Justiça é um direito do cidadão, mas, mais do que isso, mais do que ser ouvido pelos tribunais, ele tem direito a uma prestação jurisdicional tão ou mais qualitativa do que quantitativa e isso só se dará quando a complexa sociedade atual sobrepujar o modelo conflitivo e substituí-lo por um modelo que possa “jurisconstruir” o tratamento dos conflitos. A mediação pode ser esse salto de qualidade!

Referências

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O Direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 1. fatos e mitos. Tradução de Sérgio Millet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [198?].

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BONAFÈ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2009.

CÉSAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família separação e mediação uma visão psicojurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. A desinstitucionalização do modelo familiar: possibilidades e paradoxos sob o neoliberalismo. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização – a soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 207-219.

FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

GIOMMI, Roberta. *La mediazione nei conflitti familiari*. Affrontare e risolvere i conflitti all'interno della famiglia, nella separazione e nel divorzio. Firenze: Giunti, 2006.

GOENINGA, Giselle Câmara. *Mediação interdisciplinar: um novo paradigma*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 8, n. 40, fev./mar. 2007.

GRUNSPUN, Haim. *Mediação familiar*. O mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Tradução de Eni Assunção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: Artmed, 1996.

MARLOW, Lenard. *Mediación familiar – una práctica en busca de una teoría – una nueva visión del derecho*. Barcelona: Granica, 1999.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MUSZKAT, Malvina E. et al. *Mediação transdisciplinar*. Uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. São Paulo: Edusc, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: LEITE, Eduardo Oliveira; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de doutrina sobre Direito de família*. São Paulo: RT, 2009. V. 4.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do Direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Guarda compartilhada e o novo Código Civil Brasileiro. In: _____; _____. *Inovações em Direito e Processo de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

WARAT, Luis Alberto (Org). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: Almed, 1998.

WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAMBRANO, Virgínia. Conflitos familiares e técnicas de desincentivação da “litigation”. A mediação familiar na experiência européia. In: SPENGLER, Fabiana Marion; ROSA, Alexandre Morais da. *Mediação e justiça restaurativa: alternativas a uma jurisdição em crise*. (No prelo).

Recebido em: 15/10/2010

Aprovado em: 22/2/2011