

A JUDICIALIZAÇÃO DA FAMÍLIA

Leonora Roizen Albek Oliven*

RESUMO:

Este trabalho parte da reflexão sobre a possibilidade de uma mudança de direção na atuação os profissionais do Direito em sua atividade profissional na prática jurídica familiar frente ao comportamento de pais que transformam a sua separação em litígios intermináveis. Também se promoveu o estudo sobre as formas de acesso ao Poder Judiciário, já que se verifica a possibilidade de exacerbação em sua utilização, levando a uma judicialização da família. Surge então como sugestão a uma melhoria na composição dos conflitos a utilização da mediação familiar. Através do manuseio de ações judiciais os adultos podem dar vazão, como questão de fundo, ao desejo de vingar. Consolidando os litígios judiciais e emocionais, envolvem cada vez mais o ex-par e os filhos. Assim, abre-se espaço nesta pesquisa para analisar as melhorias que a mediação familiar poderá imprimir neste processo através de motivações dialógicas entre os genitores, minorando atos de revanche e a sua repercussão na vida dos filhos. O profissional do Direito poderá ampliar a sua atuação através do exercício da mediação em conflitos familiares, como se propõe no trabalho. Pretende-se desta forma que as decisões judiciais sejam medidas efetivas não apenas à satisfação da atividade jurisdicional, mas da real função de composição dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Famílias. Mediação.

ABSTRACT:

This research is part of a reflection on the possibility of a change of direction in playacting law professionals towards the behavior of parents who process their divorces in endless disputes. Also promoted the study of the forms of access to the Judiciary, since there is a possibility of misleading its use, leading to a excessive judicialization on the family. Then as a suggestion to improve the composition of conflicts to use the family mediation. Through the handling of suits adults can give flow to their revenge's eager. Consolidating the legal disputes to an emotional charge, is becoming increasingly involved the ex-couple and children. Thus, opens space to this search for analyzing the motivations of parents in this act of revenge and its repercussion in the life of children. Shirk the child and family history of peaceful coexistence of both parents interferes perniciously in growth of the child. Based on this paper, the law professional will be able to improve its skills through the exercise of mediation in family disputes, as proposed in this research. The proposition is to influenciante judgments to effective measures not only to the satisfaction of the jurisdictional activity, but the real function in the composition of conflicts.

KEYWORDS: Law. Families. Mediation.

* Leonora Roizen Albek Oliven é mestre do mestrado profissional em Psicanálise, Saúde e Sociedade da Universidade Veiga de Almeida no Rio de Janeiro, especialista em Direito Civil pela Universidade Estácio de Sá, advogada e professora de Direito Civil da Universidade Veiga de Almeida.

SUMÁRIO

- 1. Introdução**
- 2. Acesso a Justiça**
- 3. A judicialização na prática jurídica familiar**
- 4. Mediação familiar**
- 5. Conclusões**
- 6. Referências**

1. Introdução

Um dos importantes e significativos frutos advindos da Constituição Federal de 1988 se refere ao reconhecimento e legitimidade das novas e diversas modalidades de (re)configurações familiares. Esta pluralidade retirou do limbo jurídico diversas famílias, as quais eram faticamente constituídas mas não possuíam amparo e proteção estatal como ora se apresenta.

Mas sendo a família uma instituição social e jurídica, o amparo não se cinge ao seu reconhecimento, mas também aos diversos litígios que se instalam em sua reconstrução.

Os casais, por vezes, na separação reatualizam cenas de seu cotidiano, não sendo capazes de separar a relação conjugal da relação parental. Neste percurso, por vezes se utilizam de seus filhos como objeto de vingança ao outro genitor. Exacerbando os seus afetos, como o amor e o ódio, os ciúmes e a inveja, atribuem aos mesmos um significativo papel a embasar as suas ações judiciais.

Quando este fenômeno se manifesta, com a apresentação pública – ao Poder Judiciário – dos ressentimentos dos sujeitos, pode haver um desvio na finalidade da atividade jurisdicional. A busca de um reconhecimento das razões de cunho privado e pessoal não é a sua finalidade precípua. Mas ainda assim, quando a atividade é provocada, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional impõe a sua apreciação. Desta forma, o Judiciário não pode se esquivar de apreciar tais demandas, ainda que reflitam em especial os sentimentos de abandono e de vingança das partes.

Para um exame sobre os litígios familiares e a forma de atuação do Poder Judiciário nos casos a ele apresentados que versam sobre o direito de família envolvendo crianças e adolescentes, em especial em famílias reconfiguradas, é necessário analisar o significado da norma e de acesso à justiça. Também se faz necessária uma digressão sobre os efeitos do poder dele decorrentes, suficientes a conduzir a uma judicialização nas relações da família. Neste rumo, busca-se demonstrar que por vezes os membros da família recorrem ao Judiciário mesmo quando os conflitos não necessariamente traduzem conteúdos jurídicos. A utilização de dispositivos legais e de mecanismos judiciais, constitucionalmente garantidos, são então deflagrados para diferentes exercícios de poder, colocando em risco o corpo social, em especial as relações entre pais e filhos.

Partindo destas reflexões, propõe-se como medida de auxílio na solução de litígios familiares o uso da mediação familiar, mecanismo que se acredita hábil e eficaz a reduzir os ruídos entre os pares, permitindo que os mesmos criem, através do diálogo, um sistema particularizado que permita o

restabelecimento do respeito e considerações mútuos em benefício da prole. Supondo que a compreensão pelos pais sobre as diferenças entre os papéis referenciados à conjugalidade e à parentalidade pode possibilitar melhor aceitação acerca da reconstrução dos grupos familiares, pretende-se que os afetos advindos da rejeição e dos ciúmes não sejam atribuídos à prole. Esta compreensão melhor permitirá o exercício co-responsável do poder familiar, inerente a ambos os genitores, evitando a utilização dos filhos como objeto de vingança.

2. Acesso à Justiça

Neste espaço que se percorre, pretende-se um estudo referenciado ao litígio familiar que envolve as relações materno-paterno-filiais, em especial com a utilização dos filhos como objeto de vingança a ferir o outro genitor. Desta forma, compreende-se que inicialmente se faz necessário apresentar o conceito de filiação sob o prisma jurídico, o qual, na dicção de Paulo Lôbo, deve ser encarado como um:

[...] conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade.¹

No Brasil é reconhecida a existência de filiação biológica, não biológica e a socioafetiva, esta última decorrente da convivência e do afeto existente entre os membros de uma família, independentemente de vínculo jurídico originário.

¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

A filiação biológica pressupõe o vínculo de consanguinidade entre pais e filhos. Difere da filiação não biológica, a qual constitui vínculo civil sem que haja o vínculo da consanguinidade, o que pode ser exemplificado com a adoção ou com a reprodução assistida heteróloga, onde um dos gametas não advém do par parental. Esta última modalidade de reconhecimento do estado de filhos advém da Lei 10.406/2002 e considera a evolução nas pesquisas médicas que conduziram a novas possibilidades de gestação sem que se exclua o vínculo jurídico nesta modalidade.

Outro ponto de destaque e relevância advém do reconhecimento constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, onde se deve compreender que o Estado brasileiro tem como princípio a tutela do ser humano. Nesta linha de raciocínio, cada vez mais se apresenta imperativa a proteção ao desenvolvimento da personalidade de todos os membros integrantes da família, vedando quaisquer manifestações discriminatórias aos filhos.

Nesta nova fase, não mais se admite quaisquer forma de diferenciação em direitos ou de discriminações referentes à origem da mesma², como outrora, em que os filhos havidos na constância do matrimônio³ possuíam direitos outros – e até mesmo “mais” direitos – do que os extramatrimoniais⁴.

² Princípio da Igualdade na Filiação. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 227, § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³ Filiação legítima.

⁴ Filiação natural.

Exemplificando, pode-se citar as questões referentes ao direito das sucessões, em que na dicção do Código de 1916 o filho “ilegítimo” herdava quinhão correspondente à metade do quinhão do filho “legítimo”, ou ainda a vedação ao reconhecimento de filhos “espúrios”,⁵ a quem não se permitia sequer gozar do estado de filiação.

A diferenciação foi finalmente ultrapassada com a Constituição Federal de 1988, a qual proíbe quaisquer designações discriminatórias aos filhos,⁶ verdadeiros, senões a macular os filhos por atos advindos de seus pais.

Para melhor compreensão, registre-se a posição de Gustavo Tepedino para quem a condição de filhos advém “duas espécies de situações jurídicas existenciais: as decorrentes da identidade genética e aquelas relativas ao exercício da autoridade parental”,⁷ sendo que esta última condição é a referência nesta pesquisa, considerando a criação de direitos e obrigações aos atores.

Mas o que é o Direito? De difícil conceituação, recorre-se aos conceitos clássicos apresentados pela doutrina. Em Cáo Mário, o Direito “é o princípio de adequação do homem à vida social [...] está imanente na necessidade de contenção para a coexistência.”⁸ Em Orlando Gomes, a idéia conceitual gira

⁵ Adulterinos e incestuosos.

⁶ Princípio da Igualdade na Filiação. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 227, § 6º.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. RIO DE JANEIRO**, v. 17, ano 5, p. 33-49, jan./mar. 2004. Ed. Padma. Disponível em: <http://www.advbr.info/textos/direito_civil/biblioteca8.pdf>. Acessado em 28 de julho de 2010.

“Sob o aspecto formal, o Direito é regra de conduta imposta coativamente aos homens. Sob o aspecto material, é a norma nascida da necessidade de disciplinar a convivência social.”⁹

A atividade estatal chancela e qualifica a norma, conferindo ao Estado poder para atos de coerção para dar efetividade e cumprimento à mesma. Paulo Nader compreende que esta é uma das formas pelas quais o Estado se defende – e aos seus – de ações contra a ordem e a paz.¹⁰

O Direito Positivo,¹¹ sistema normativo imposto pelo Estado em determinado tempo e espaço, possibilita o nascimento de direitos e de obrigações, criando deveres, atribuindo poderes, impondo submissão e estabelecendo parâmetros para comportamento e convívio social.

Através das normas, cria deveres jurídicos, o dever de submissão de alguém a um determinado direito de outrem, advindo de um fato jurídico.¹² Desta construção, surge para o sujeito o direito subjetivo, que de acordo com Paulo Nader é “possibilidade de agir e de exigir do titular do dever jurídico uma conduta ou prestação criada por lei ou derivada de negócio jurídico”.¹³

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. 4 v.

⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4.

¹⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1 v. p. 10.

¹¹ Ibidem, p. 9.

¹² Fatos que têm repercussão e interesse para o Direito por serem capazes de gerar, modificar, conservar ou extinguir direitos, dependente de uma declaração do ordenamento jurídico que atribua os efeitos ao acontecimento.

¹³ NADER, Paulo. op. cit., p. 13.

Para garantir este exercício, há o Princípio da Proteção Judiciária, ou Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, direito fundamental a garantir a defesa de direitos. Através dele, afirma-se que ao Poder Judiciário é deferido o monopólio da jurisdição. E aos jurisdicionados, o direito de invocar a atividade jurisdicional nas hipóteses de lesão ou de ameaça de direito, como se depreende do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.¹⁴

Através da jurisdição, há a tradução da realização prática da aplicação das normas. Ao avocar para si a função de dizer o direito, o Estado também avoca para si a função de aplicá-lo ao caso em concreto, buscando a satisfação do conflito entre as partes.

Assim, há o caráter substitutivo da jurisdição: não sendo por vezes possível às partes envolvidas em um determinado conflito decidirem por si mesmas, seja em decorrência da dimensão do litígio que as domina ou por imposição legal, devem submeter-se ao judiciário. Este, de forma imparcial, através do juiz e dos auxiliares da Justiça, substituirá a vontade dos envolvidos, decidindo e impondo o cumprimento às normas. Trata-se de satisfação de um interesse social, no caso de harmonia e paz social, o qual não se confunde com o interesse individual. Quando um membro de uma família busca a atividade jurisdicional para satisfação de uma pretensão, não significa dizer que tem em mente a paz social, mas a satisfação de um interesse privado, o que pode ser legítimo. O Estado coopera na satisfação do interesse através do

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 431.

processo. Caso o interesse do particular harmonize com a norma, haverá justiça e paz social.

Esta possibilidade de se requerer a atividade jurisdicional, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, decorre do poder do estado na solução de conflitos interindividuais como função pacificadora social.¹⁵ Assim, o Estado não apenas pode, mas tem o dever de decidir e de impor a eficácia de suas decisões quando procurado pelos jurisdicionados na composição de litígios, aplicando o direito no caso em concreto, garantindo a estabilidade e segurança às relações jurídicas, bem como amplo acesso à justiça.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth o conceito de acesso à Justiça tem sofrido várias modificações ao longo da evolução do processo civil.¹⁶ Transcendendo ao direito formal de se propor e contestar uma ação, e os custos daí advindos, os autores identificam a importância da facilitação do acesso à justiça para a defesa de direitos e deveres sociais, individuais e coletivos. Por permitir ampliar o acesso de pessoas ao processo, este tem o condão de promover de forma efetiva a garantia dos direitos subjetivos.

Mas para tanto, e na busca de uma justiça justa, necessário atravessar diversos obstáculos, com a criação ou o aprimoramento de instrumentos processuais adequados à solução das demandas, representatividade, tempo razoável de duração do processo e igualdade entre as partes litigantes.

¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 24.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

Para Cappelletti, o primeiro obstáculo a ser transposto se refere ao ônus financeiro que o acesso impõe ao jurisdicionado, referente aos custos decorrentes de custas judiciais, taxas e emolumentos pagos ao Estado quando da distribuição da ação. Há também as despesas com honorários advocatícios. Tais questões já se encontram na verdade superadas através do benefício constitucional da gratuidade de justiça, como disposto na Lei nº 1.060/1950 e suas alterações. A lei da gratuidade de justiça prevê que as pessoas que se declararem hipossuficientes, ou seja, que afirmem sem condições de suportar as referidas despesas sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, fazem jus ao benefício. Trata-se de garantia de acesso, já que a ausência de condições financeiras não pode ser impeditiva à defesa de direitos.

Esta garantia tem também como suporte a atuação da Defensoria Pública dos estados-membros, a quem incumbe orientação jurídica e a defesa dos necessitados¹⁷, possibilitando, no entendimento de Cleber Francisco Alves e Marília Gonçalves Pimenta o maior e melhor acesso às populações mais pobres, que têm no Judiciário “a última esperança de ver atendidas as suas expectativas de reconhecimento e efetividade de direitos e exercício da cidadania”.¹⁸

¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

¹⁸ ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco**: retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.29.

Retornando a Cappelletti, aponta o autor a necessidade de que o cidadão possa reconhecer um Direito e propor uma ação ou sua defesa.¹⁹ Esta questão considera o fato de haver o desconhecimento por uma parte da população sobre a (in)existência de um direito juridicamente exigível, o que eventualmente impede o seu exercício. Ainda que violados, estes direitos não seriam passíveis de discussão em decorrência da inércia do titular que não apenas o desconhece, mas também ignora a possibilidade de buscar na via judicial a sua satisfação. Logo, o desconhecimento de direitos juridicamente exigíveis poderá conduzir a situações iníquas, já que obstará o seu reconhecimento ou defesa através do processo judicial.

Neste diapasão, o acesso à justiça tem entre os seus pressupostos o direito à informação e divulgação não apenas dos respectivos direitos, mas também das possibilidades de satisfação nas hipóteses de sua violação. A experiência do saber permite uma participação dialógica suficiente à busca de solução do litígio e à redução das insatisfações.

Assim, há o dever de informar. Para que alguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, em nome do princípio da legalidade, o qual, para Alexandre de Moraes, garante o jurisdicionado ante eventual arbitrariedade do Estado, se faz necessária a existência de uma norma que exprima esta vontade²⁰. Mas para que possa o cidadão da mesma conhecer, impõe-se a sua divulgação, também atribuída ao Poder Público e efetivada através da

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 22.

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 37.

publicidade do ato. Há uma contrapartida ao dever de informar: o direito de ser informado, servindo este como uma garantia ao cidadão permitindo a afirmação e realização do direito e inibindo que ele seja negligenciado.

O Estado Democrático de Direito, ao valorizar valores de convivência humana, pressupõe a subordinação à Constituição e à legalidade democrática, consubstanciada, na opinião de José Afonso da Silva, na lei concebida como norma jurídica geral e abstrata que oferece um novo panorama de realizações sociais.²¹ Esta realização é dependente da concretização da justiça, a qual só se apresenta com o amplo acesso à justiça e o fomento das condições necessárias ao mesmo.

Cappelletti e Garth²² também indicam como barreira a ser ultrapassada a necessidade de representatividade na defesa de interesses difusos.²³ Esta dificuldade teria sido ultrapassada através da legitimidade, ainda que restrita, deferida pela Constituição Federal²⁴ a qualquer cidadão para a propositura da ação popular, com o fito de anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e

²¹ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 117.

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 49.

²³ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, art. 81, inciso I: interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

²⁴ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXXIII.

cultural.²⁵ O sistema de garantias constitucional²⁶ confere aos membros do Ministério Público a competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública,²⁷ esta para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A terceira onda abordada por Cappelletti trata do “enfoque do acesso à justiça”.²⁸ Neste momento se pressupõem já superadas as duas primeiras ondas e parte-se da premissa de que nem sempre elas são as únicas ou as melhores formas de se obter justiça. A necessidade de refletir sobre os meios e instrumentos de acesso já instituídos permite inferir que nem sempre eles são satisfatórios, logo suscetíveis de dificultar a concretização da prestação jurisdicional célere e eficaz. Para que o resultado esperado seja aquele inicialmente pretendido, o questionamento sobre os procedimentos já existentes se faz necessário para que se possa verificar a necessidade de criação ou de modificações do sistema já implementado.

Humberto Dalla, ao comentar a quarta onda renovatória proposta por Cappelletti, referente à efetividade dos processos judiciais, aduz que nem

²⁵ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

²⁶ Constituição Federal de 1988, art. 129, III,

²⁷ A Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 legitima o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para a propositura da ação. BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 68.

sempre a jurisdição é capaz de solucionar todos os litígios,²⁹ ainda que coloque fim à lide judicial, oportunidade em que sugere a mediação como uma das formas de pacificação social

As demandas apresentadas ao Poder Judiciário diferem em grau de complexidade e têm características peculiares à natureza do litígio. Desta forma, não se impõem procedimentos idênticos a questões diferentes. As de menor complexidade ou de menor potencial ofensivo não exigem a mesma dilação probatória que as mais complexas. Tornam-se menos onerosas em tempo e dinheiro, logo mais eficazes por oferecerem mais rapidamente a prestação jurisdicional em definitivo, como já se identifica com a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.³⁰ A observação identifica a necessidade de adaptação do processo à natureza do litígio.

Outro ponto a ser abordado se refere ao paradoxo do acesso à justiça a confrontar com o abuso deste direito. Que o acesso é um direito constitucionalmente garantido não se discute. Mas há determinadas condições legais legítimas de acesso à justiça que proporcionam a existência do litigante habitual. Este se aproveita e utiliza do ordenamento, das oportunidades materiais e processuais disponíveis, inclusive da assistência jurídica gratuita

²⁹ DALLA, Humberto Bernardina de Pinho. **A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro.** Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/A%20MEDIACAO%20E%20A%20NECESSIDADE%20DE%20SUA%20SISTEMATIZACAO%20NO%20PROCESSO%20CIVIL%20BRASILEIRO.pdf>>. Acessado em 03 de agosto de 2010, p. 2.

³⁰ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

que o isenta de pagamento de custas, para a obtenção de vantagens pessoais. De difícil identificação e coibição, onera o judiciário e permite a utilização deste em suas disputas pessoais. Os advogados, em especial, caso verifiquem esta prática, não devem encorajar a contenda, prevenindo assim determinados litígios.³¹

A sociedade também pode exercer o seu poder de controle preventivo e impor, através do voto, que o Poder Legislativo formule leis realmente em harmonia com as exigências constitucionais, evitando as longas discussões sobre as invalidades e inconstitucionalidades das normas incompatíveis com a ordem constitucional. Não se trata de abandonar o poder repressivo de controle de constitucionalidade, pois este é demonstração da supremacia constitucional imposto a todo o ordenamento jurídico, mas de um instrumento de garantia de maior segurança jurídica.

Ao garantir o direito de ação, também deverá o Estado garantir que todas as partes envolvidas no litígio tenham semelhantes oportunidades na defesa de seus interesses. O direito de defesa e a ampla defesa pressupõem o exercício do contraditório, manifestos no devido processo legal. Este prevê normas específicas criadas pelo Estado – o sistema processual – e os órgãos jurisdicionais.

³¹ De acordo com o preâmbulo do Código de Ética e Disciplina instituído pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, são princípios, dentre outros, para a conduta dos advogados brasileiros lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que esta seja interpretada com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum; ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais; proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Estado do Rio de Janeiro. Código de ética e disciplina. Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, p. 4.000-4.004. Disponível em: < <http://ins.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=2>>. Acessado em 25 de agosto de 2010.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu no ordenamento o princípio da razoável duração do processo e dos meios que possam garantir a celeridade em sua tramitação. Partindo da premissa de que justiça justa é aquela que presta a atividade jurisdicional de forma rápida, célere, evitando o maior desgaste das partes nele envolvidas, não se pode esquecer que o processo tem um tempo inevitável para amadurecimento e julgamento. Pretende-se que o processo dure “um prazo razoável”, o qual deve ser encarado como aquele que respeita as normas processuais, mas que não admite a utilização de meios procrastinatórios com o fito de alongar o litígio.

Em especial no que se refere às famílias, objeto desta pesquisa, o tempo e a atuação judicial devem ser analisados os prismas do processo e dos sujeitos do processo, como as partes, os juízes e seus auxiliares, e os advogados.

Em relação ao processo propriamente dito, há prazos fixados em lei. Seja para o cumprimento de determinadas exigências legais ou para a realização de atos processuais, há prazos prefixados. Da mesma forma, na hipótese de interposição de recursos em decorrência da irresignação das partes com determinada decisão proferida no processo. O que se propõe, pretende e espera é que nos limites exigidos pelo processo para o seu conhecimento e maturação, o Estado crie instrumentos que possibilitem esta celeridade.

Cada vez mais os juristas e o legislativo articulam mecanismos para evitar o alongamento e demora nas decisões judiciais, havendo propostas de

mudanças para o Código de Processo Civil.³² O projeto propõe reduções de prazos e de recursos, além de maior preocupação com o acesso à justiça, e envolve cada vez mais e diretamente as partes na rápida solução dos litígios, impondo condutas calcadas na boa-fé processual. Há a compreensão de que as pessoas têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

Uma das recentes medidas que permite acelerar a resolução de conflitos familiares se mostra com a alteração do artigo 226 da Constituição Federal. Em 07 de julho de 2010 foi aprovada a PEC³³ do Divórcio, passando a permitir o divórcio direto sem qualquer interregno de tempo entre a separação de fato e a dissolução do vínculo conjugal. Até então, o divórcio direto dependente de separação de fato por dois anos ou então imposto o sistema dual para a conversão da separação em divórcio, este impondo o lapso temporal de um ano entre a sentença de separação e o divórcio. O novo procedimento não apenas agiliza o divórcio, mas permite a redução de custos e, em especial, o novo casamento.

³² BRASIL. Congresso. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166, de 8 de junho de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Autor Senador José Sarney. 2 v. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acessado em 27 de julho de 2010.

³³ Brasil. Congresso. Senado Federal. Proposta de Emenda Constitucional nº 28, de 15 de maio de 2009. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Autor Deputado Antonia Carlos Biscaia. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651. Acessado em 27 de julho de 2010.

No que se refere aos sujeitos do processo, não se pode excluir o juiz de direito da reflexão. Para Alexandre de Freitas Câmara, o processo tem um “esquema mínimo” de formação: Estado, autor e réu. O primeiro se apresenta através do juiz, que exercitará, de forma imparcial, a função jurisdicional, poder soberano do Estado.³⁴ Os atos processuais são divididos em atos do juiz e atos dos auxiliares da justiça. Os primeiros são compostos por atos que impulsionam o processo e de atos de conteúdo decisório, os segundos, de auxílio à atividade jurisdicional.

Tais atos processuais demandam tempo, lugar e modo de realização. Aos juízes a lei fixa prazos³⁵ para a prática de atos, mas estes são impróprios, ou seja, o descumprimento dos mesmos não ensejará consequências processuais; eventualmente, administrativas. Variáveis externas poderão também interferir na demora do julgamento de uma ação. Como exemplo, o fato de um juiz ter presidido a audiência de instrução e julgamento, colhido as provas e antes de proferida a sentença, adoecer e licenciar-se. Em nome do princípio da identidade física do juiz,³⁶ aquele que concluiu a instrução de uma ação deverá proferir, em regra, a sentença. Tal incidente poderá alongar ainda mais o provimento jurisdicional e, em consequência, prolongar o sofrimento e ansiedade dos litigantes.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. 1 v, p.152.

³⁵ Conforme art. 189 do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/1973. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

³⁶ art.132 do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/1973.

A via evolutiva para a redução da demora dos processos pressupõe um breve exame sobre a atuação dos advogados, profissionais liberais indispensáveis à administração da justiça.³⁷ A atuação diferenciada nas demandas de família se impõe, sendo dependente não apenas da melhor técnica, mas também uma disponibilidade pessoal para a escuta somada a conduta profissional não beligerante.

A atividade da advocacia vai além do exercício do *munus*³⁸ público ou dos princípios impostos pelo Código de Ética e Disciplina da OAB³⁹ de aproximar a justiça ao cidadão. Para Piero Calamandrei:

Só na profissão liberal, que tem como base a escolha e a confiança pessoal do cliente em seu defensor, o advogado pode encontrar a autoridade moral necessária para exercer em meio ao povo aquela função de arauto da justiça, que é, em substância, uma exaltação cotidiana do Estado.⁴⁰

Assim, a confiança que envolve a relação profissional impõe aos advogados o dever de respeito à lei, mas também aos sentimentos de seus assistidos, dando o suporte jurídico, mas também aprendendo a lidar com as questões não legais que envolvem angústias e ansiedades.

³⁷ Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

³⁸ Encargo, dever.

³⁹ Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Estado do Rio de Janeiro. Código de ética e disciplina. Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, p. 4.000-4.004. Disponível em: < <http://ins.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=2>>. Acessado em 28 de julho de 2010.

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47.

Um novo conhecimento pode e deve ser apresentado aos advogados, permitindo melhor lidar com o jorro de emoções, de ciúmes e de vingança que envolve as relações entre casais litigantes. Este é o desiderato almejado, já que o desejo não satisfeito dos litigantes poderá perpetuar o litígio judicial.

A previsão legal de livre apreciação da prova pelo juiz⁴¹ permite que o julgador se apóie em laudos periciais⁴² em suas decisões. Este material é informativo e opinativo, sendo elaborado por auxiliar eventual do juízo. Trata-se de uma atividade que permite um conhecimento especializado que dê um suporte técnico às decisões judiciais. Mas os pareceres correm o risco de dentro de um tecnicismo frio apontar questões que talvez auxiliem as tomadas de decisões, mas podem deixar de promover melhorias nas relações humanas, finalidade do direito. Percebe-se a necessidade de ir além, de fomentar e permitir um olhar diferenciado e referenciado ao sujeito.

Marília Lobão Ribeiro indica que cada vez mais os operadores do direito reconhecem a necessidade de suporte por profissionais das áreas de serviço social e psicologia em processos de litígios familiares.⁴³ Não se pretende que os advogados se tornem psicólogos ou assistentes sociais, mas que se

⁴¹ Conforme art. 132 da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

⁴² Conforme art. 139, combinado com o art. 145 da Lei nº 5.869/73. Código de Processo Civil. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

⁴³ RIBEIRO, Marília lobão. A Psicologia Judiciária nos Juízos que tratam do Direito de Família no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. In: BRITO, L. M. T. (org.). **Temas de Psicologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

preocupem com o estudo do valor sob o prisma da subjetividade a complementar a análise das experiências jurídicas. Jorge Trindade propõe que cada um dos profissionais tem – e assim deve ser – papéis distintos na observação de litígios familiares, mas que se deve permitir um conhecimento de determinados mecanismos psicológicos do comportamento humano como forma de aprimoramento da Justiça.⁴⁴ Este novo tom permitiu que diversos Tribunais de Justiça no Brasil⁴⁵ instituíssem projetos especiais de conscientização e de sensibilização aos litigantes dos danos afetivos que podem advir do litígio familiar interminável. Estes projetos são direcionados a amparar famílias em litígio e a apoiar as decisões judiciais não apenas com laudos periciais, mas em especial promovendo encontros e reflexões entre os sujeitos envolvidos no litígio com o fito de esclarecer e mitigar o sofrimento e a angústia deles.

Os processos encaminhados aos serviços de Psicologia dos Tribunais também demandam tempo de maturação. Cynthia Andersen Sarti observa que algumas famílias encaram estes serviços como uma não autorizada intervenção de terceiros, imposta pelo estado para se imiscuir em suas relações, o que dificulta a inicialização do trabalho. Não se trata de mera observação e conclusão. A observação é contextualizada, buscando conhecer

⁴⁴ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 32

⁴⁵ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal criou em 1985 a Assessoria Psicossocial da 3ª Vara de Família de Brasília, posteriormente estendendo o serviço às demais Varas do Tribunal, que atualmente conta com o “Serviço Psicossocial Forense do TJDF” atuando junto às varas de família e criminal. No estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça conta com os Serviços de Psicologia (SPSI), Serviço Social, Serviço de Convivência Familiar (COFAM) e instituiu os Projetos “Bem Me Quer” e “Escola de Famílias” e o Centro de Mediação em Família.

a história da família, as suas transformações. A família como um todo está implicada no conflito, ainda que não litigando diretamente. Sendo um vasto e complexo mundo de relações interpessoais, “o atendimento que focaliza a família lida forçosamente com esse mundo de relações, em todo seu emaranhado de situações e pontos de vista”.⁴⁶

Assim, a conexão entre o tempo do processo e a prolação da sentença pode ser excessiva às famílias. O procedimento judicial necessita de tempo hábil à maturação, devendo-se ainda considerar o tempo à coleta de provas, à confecção e apreciação de laudos técnicos, a realização de audiências, ou ainda de eventual assoberbamento do judiciário, fatores que implicam em demora na prestação jurisdicional. Portanto, as sentenças demoram a serem proferidas e este tempo geralmente é excessivamente oneroso aos jurisdicionados, gerando uma ansiedade que tem como pano de fundo a solução de um conflito não necessariamente judicial, mas certamente familiar

Cada família tem a sua lógica, o seu tempo e cronologia e é exatamente em decorrência destes fatores que Marcia Regina Ribeiro dos Santos e Liana Fortunato Costa identificam que aos membros das “famílias, que estão em conflito há muito tempo e que buscam ajuda da Justiça por meio dos processos”, o tempo despendido é um tempo de sofrimento, de significação e de ressignificação da relação familiar.⁴⁷

⁴⁶ SARTI, Cynthia Andersen. A família como ordem simbólica. **Psicologia USP**, São Paulo, v.15, n.3, p.11-28, 2004.

⁴⁷ SANTOS, Marcia Regina Ribeiro dos; COSTA Liana Fortunato. O tempo na trajetória das famílias que buscam a Justiça. **Revista do Departamento de Psicologia - UFF**, Niteroi, v. 19, n. 1, p. 111-126, Jan./Jun. 2007, p. 112.

Assim, uma atividade interdisciplinar permite uma reflexão sobre a constituição do sujeito, interna, e o confronto com o paradoxo de submissão à atividade judicial, exógena, que se apresenta com a imposição de normas de condutas pelo Estado submetendo o sujeito, e os desejos, às leis.

A apropriação de outros saberes pelo Direito não é recente, em especial no Direito Penal, no estudo da Criminologia. Para Luiz Fernando Duarte, há muito se tem verificado “um complexo sistema de difusão dos saberes psi”,⁴⁸ o qual ainda não se exauriu.

Neste percurso de “psicologização”, se encarado sob o prisma de Direito de Família, busca-se identificar discursos outros que não apenas o jurídico, mas que são suscetíveis de influir em decisões judiciais e até mesmo na elaboração de leis. Através de determinadas práticas advindas de saberes outros que não o jurídico, torna-se possível a revitalização do pensamento jurídico.

O acesso à Justiça é suscetível de apresentar duas faces: a primeira de efetivo acesso à realização do direito subjetivo e a segunda a estabelecer uma maior beligerância entre ex-pares. Permitindo a discussão em juízo de questões referentes a alimentos, guarda e direito convivencial, há riscos de serem apresentadas demandas jurídicas que têm como suporte demandas emocionais.

⁴⁸ DUARTE, Luiz F. D. Em busca do castelo interior: Roger Bastide e a psicologização no Brasil. In: DUARTE, Luiz F. D; RUSSO, Jane; VENANCIAO, Ana T. A (orgs.). **Psicologização no Brasil**: atores e autores. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2005, p. 167-182.

Há dificuldade de caracterização de abuso de direito com a utilização exacerbada do mesmo como demonstração de poder. Mas esta não pode ser óbice à compreensão do impacto de práticas familiares perniciosas que expõem os sujeitos à confusão do binômio conjugalidade/parentalidade, razão pela qual se sugere que a abordagem interdisciplinar da repercussão na estruturação/desestruturação familiar permitirá apresentar aos profissionais do Direito uma leitura diferenciada da família, suficiente a inibir a má utilização de importantes institutos jurídicos a perpetuar a família em litígio.

3. A judicialização na prática jurídica familiar:

No Brasil, e em grande parte do Mundo Ocidental, o conceito de “Família” ainda se encontra atado ao modelo tradicional – e conservador - até então conhecido: pai, mãe, filhos. Esta família nuclear e angular tem passado por diversas modificações fáticas. Não para se declarar a sua extinção ou inoperabilidade, mas conduzindo a novas leituras do comportamento e da configuração familiar, derrubando antigos paradigmas e conceitos conservadores para harmonizar com a realidade da sociedade brasileira.

O trajeto pela história das famílias e do direito de família no Brasil afasta a idéia de que o conjunto chamado ordenamento jurídico tem como origem apenas a vontade humana a criar a lei. Há diversas manifestações determinantes à mesma: sócio-político-econômicas, históricas, culturais e morais. As reconfigurações familiares levaram a inúmeras modificações no Direito de Família brasileiro, permitindo a legitimação dos diversos modelos

estruturais, especialmente a partir da Lei do Divórcio⁴⁹ e da Constituição Federal de 1988 com melhor adequação de medidas protetivas à entidade familiar e em especial aos sujeitos integrantes da mesma.

Ainda que se vislumbre uma leitura cada vez mais arrojada na legislação brasileira sobre os direitos que versam sobre questões familiares, é possível identificar, como o fazem Daniela de Mendonça Rodrigues e Helenice Gama Dias Lima, na observação e prática em Direito das Famílias a contínua disputa entre pais, por vezes até mesmo exacerbadas por instrumentos inicialmente de amparo ao Poder Judiciário, como laudos periciais técnicos, os quais têm como finalidade auxiliar os juízes em tomadas de decisões.⁵⁰

O profissional do Direito inicialmente fará uma análise do tema sob o prisma jurídico, geralmente conduzindo o litígio à apreciação do Poder Judiciário. Mas não pode deixar de observar que em tais situações há causas psíquicas na origem do problema a ensejar repercussões diversas com as quais, em regra, não tem condições de lidar por não estar habilitado profissionalmente para reconhecer a profundidade e significação das mensagens.

Neste percurso, se pode vislumbrar uma dilatação na esfera de atuação do Poder Judiciário, com a transferência do poder decisório dos membros da

⁴⁹. Lei do Divórcio. BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>>. Acessado em 27 de julho de 2010.

⁵⁰ RODRIGUES, Daniela de Mendonça; LIMA, Helenice Gama Dias de. Intervenções sistêmicas em um contexto de decisão. In: LIMA, Helenice Gama Dias de (Coordenação geral). **Construindo caminhos para a intervenção psicossocial no contexto da justiça**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2003, p. 23.

família para os tribunais. O judiciário passa a interceder cada vez mais nas relações privadas, intervindo e modificando a dinâmica familiar. Mas para participar deste processo, por vezes excessivo e até mesmo desnecessário não fosse a intolerância do ex-par, deve ser provocado. E estar preparado. A este movimento de provocação do judiciário para a gestão e gerência de conflitos familiares que não necessariamente tenham como questão de fundo o direito de família – mas sim as relações familiares – pode-se chamar de judicialização da família.

Este procedimento não é recente. Os tribunais há muito têm se prestado como veículo não apenas de solução de litígio que de forma efetiva enfrentem as questões jurídicas, mas também como depositários das angústias e dos despojos familiares. Como se houvesse uma manipulação do sistema, que na realidade tem como finalidade garantir e efetivar a proteção da pessoa, o direito é então utilizado para perpetuar o litígio, se desvirtuando de sua função original.

Os estudos sobre a ciência do Direito identificam que este se destina, em síntese, a permitir a convivência humana harmônica em sociedade. Uma vez que nem sempre o homem é capaz de por si só ser coerente e combinar as suas próprias necessidades com as de seus pares, avocou o Estado para si o papel de elaborar normas de conduta e ao mesmo atribuindo o poder-dever de aplicar o direito ao caso concreto.

A pessoa natural⁵¹ – o ser humano - sujeito desta pesquisa, só adquire a personalidade jurídica, aptidão genérica para exercer direitos e obrigações, no momento do nascimento,⁵² ou seja, a partir do nascimento com vida é capaz de adquirir direitos e até mesmo de contrair obrigações na ordem jurídica, ressalvados os direitos dos nascituros. Esta aptidão se finda apenas com a morte. É atributo da pessoa e o acompanha por toda a sua vida.⁵³

No entanto, o direito, ao tratar dos direitos da personalidade, o faz através das peculiaridades do homem como indivíduo. Busca-se uma elasticidade ao conceito, aproximando-o do direito natural por amparar atributos inerentes ao homem. Há a proteção da projeção da personalidade humana no meio social e individual, tendo como norte o princípio⁵⁴ da dignidade da pessoa humana,⁵⁵ fundamento basilar da República Federativa do Brasil a indicar a primazia do ser humano e o compromisso estatal de realização da mesma, colocando o homem como o cerne da proteção e de realização do sistema jurídico nacional. Desta forma, acredita Cristiano Chaves

⁵¹ Para Caio Mário: a designação “pessoa natural [...] para enxergar a pessoa tal como existe, com todos os predicados que a sua individualidade enfeixa, a fim de lhe conferir, neste estado, os atributos da personalidade”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro:Forense, 2009. 1 v., p. 182.

⁵² Teoria natalista, art. 2º do Código Civil. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 223.

⁵⁴ Os princípios constitucionais são considerados como verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

⁵⁵ Constituição Federal da República Federativa do Brasil, 1988. Art.1º, inciso III.

de Farias que se deve criar mecanismos para que o mesmo tenha direito não apenas à manutenção da vida, mas direito à vida digna, considerando o respeito à integridade física e psíquica, o fomento aos pressupostos materiais mínimos (inclusive patrimoniais) e, em especial, respeito à liberdade e igualdade.⁵⁶

Foi a partir da Crítica da razão Pura de Kant que o Direito passa a refletir sobre o “ser” e o “dever ser”. O primeiro, referenciado ao fático, concreto e real; o segundo, a valores. Que valores?

Para Miguel Reale,⁵⁷ os valores são concebidos a partir de coisas existentes – e valiosas, sem que se possa quantificá-los, pois “não se quantifica o valioso”.⁵⁸ Tais “coisas” não são necessariamente palpáveis ou tangíveis, mas suscetíveis de um juízo: de valor.

Aduz o autor que o juízo de valor é “bipolar”, por constantemente apresentar reversos, os quais se implicam reciprocamente, pois a realização de uma face depende da outra. É realizado por homens, os quais experienciam situações, fatos, atribuindo sentidos aos mesmos. Tais experiências, introjetadas e contrapostas umas às outras, podem ser determinantes de condutas. Ou seja, o homem atribui um valor ao fato vivido e experimentado. Mas não apenas, já que pode também atribuir valores a si mesmo, a seus pares, a uma coletividade, criando – ou não – preferências e referências. Estas

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil. Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

⁵⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁵⁸ Ibidem, p. 187.

seriam suficientes a gerar uma hierarquia de preferência social incomensurável e suscetível de ordenação, a qual estaria vinculada à historicidade do grupo, apresentando, no entanto, determinados elementos constantes e universais a os unir.

Nesta linha de raciocínio, conclui que:

[...] os valores representam, por conseguinte, o mundo do dever ser, das idéias segundo as quais se realiza a existência humana, refletindo em atos e obras, em formas de comportamentos e em realizações de civilização e de cultura, ou seja, em bens que representam o objeto das ciências culturais.⁵⁹

Partindo da premissa de Reale de que “O direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores”,⁶⁰ não se pode esquecer que os valores estão referenciados ao homem, sujeito do desejo, dividido, impondo-se a verificação da subjetividade do sujeito, investigação que não é designada, em regra, ao pensador do direito.

Este paradoxo se faz presente em litígios judiciais familiares. Com a separação, a família inicialmente se desorganiza para só posteriormente se reorganizar. Se ao Estado-Juiz apresentadas questões de litígios familiares calcados na lei, nas entrelinhas muitos outros já sedimentados nas famílias. O conflito judicial não surge de repente. Há um pré-conflito familiar, sendo inequívoca a necessidade de atuação do Estado quando colidem os interesses individuais dos membros da entidade familiar. Estes então buscam auxílio no judiciário em suas demandas jurídicas que refletem dores de ordem pessoal.

⁵⁹ REALE, Miguel. op. cit., p. 191.

⁶⁰ Ibidem, p. 189.

Somem-se certos paradoxos jurídicos nestas demandas suficientes a causar maiores desgastes do que aqueles já advindos do litígio originário.

Em casos de ações de alimentos fixados em favor do ex-cônjuge, há o sentimento de trabalhar e “pagar” ao outro ou ainda de frustração pela modificação no *status quo ante*. Em alimentos fixados em favor do filho menor e pagos pelo genitor não guardião, a ele se impõe o pagamento de alimentos. Mas não há a contrapartida, a qual se realizaria através da possibilidade de propositura de ação de prestação de contas para verificação da aplicação das verbas. Para Maria Berenice Dias, foge “à razoabilidade pretender que o genitor que exerce o poder familiar venha periodicamente a juízo prestar contas de forma contábil, quando desempenha sozinho mister que não é só seu”.⁶¹ Voz dissonante tem Christiano Chaves de Farias. Considerando que a guarda deferida a um dos pais não extingue o poder familiar do não guardião, ao acompanhar e fiscalizar a gestão da verba alimentar, este pai estará exercendo o seu dever de zelar pelos interesses do filho, verificando se as despesas são efetivamente realizadas em seu favor.⁶²

Em regimes de bens, longos os debates sobre partilha. Quando há o direito patrimonial efetivo, basta seguir as normas de direito de família e a composição estará satisfeita. Mas por vezes as ações apresentam pretensões de enriquecimento sem causa que denotam a mágoa. Apegando-se em

⁶¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 587.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de. A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil: novos argumentos e novas soluções para um velho problema. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf Hanssen (Org.). **Direito de Família Processo Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 220.

demasia ao direito patrimonial, por vezes sequer existente, maculam a parentalidade com o apego à matéria ou com o injusto interesse em impedir que o outro se desvencilhe.

Na hipótese do direito convivencial, em que organizada e fixada datas de encontros entre pais e filhos, não raro os litigantes passam da justa medida e transformam o direito do filho em moeda de barganha. A convivência é construída, a visita é momentânea. Na convivência, há a construção da intimidade. Deve ser cercada por respeito e resguardo, pois também nela a criança realiza a divisão na estrutura familiar originária. Ao coibir o convívio, poderá haver impedimento ao acolhimento e a permissão que a criança tem para expressar os seus sentimentos. Há hipóteses em que o filho de forma injustificada se recusa a encontrar o genitor, restando a ele como única medida jurídica a encontrar o filho a dolorosa ação de busca e apreensão de menor.

Não há meios judiciais que determinem a um filho aceitar o novo companheiro de seu genitor ou que obriguem este companheiro a efetivamente conviver de forma harmônica com o filho. Apenas a convivência e o diálogo permitirão os ajustes naturais para receber com agrado, ou ao menos com respeito, o antes intruso.

As crianças têm dificuldades para a compreensão sobre a separação dos pais. A falta de conversas claras e explicativas, ou ainda por identificarem apenas as disputas, torna ainda mais delicada a recepção de integração de dois sistemas – pai-filho e mãe-filho. Se os pais confundem conjugalidade com parentalidade, torna-se ainda mais árdua a coexistência de dois núcleos familiares e o exercício da parentalidade cooperativa.

Identificadas as dificuldades de ajuste nas relações familiares apresentadas ao judiciário, que tem o inequívoco papel de assegurar o respeito à dignidade dos sujeitos, por vezes ficam os dramas cristalizados dentro das ações judiciais, levando os casais a perpetuarem as agressões mantendo um eterno litígio, repercutindo assim na vida de seus filhos.

O controle jurisdicional em conflitos familiares tem como norte princípios fundamentais de proteção à pessoa, à sua dignidade, saúde física e mental. De todos os sujeitos integrantes da família, com especial atenção à criança e ao adolescente.

O sistema normativo protetivo das relações familiares cria mecanismos de tutela aos sujeitos, os quais são exigíveis através da atuação do Poder Público, no caso o Judiciário. Como consequência, este passa a exercer importante papel na efetivação de direitos, intervindo nas condutas humanas e apresentando soluções concretas aos conflitos.

No entanto, há situações em que se percebe que o sujeito que se sente ferido ou abandonado se utiliza de instrumentos e prerrogativas legais para manter indissolúvel o conflito, logo o vínculo, ou ainda pela dificuldade em vislumbrar uma reestruturação do grupo familiar através de novos modelos, rompendo com antigos paradigmas. No transbordamento das emoções, utilizam as ações judiciais como instrumento de vingança a acalantar a própria auto-satisfação.

Os casais beligerantes, com dificuldades em se adaptar às novas realidades, tendem a perpetuar o conflito. Isaac, Montalvo e Abelson⁶³ nomeiam de “divórcio difícil” aquele em que os cônjuges não têm controle de suas frustrações, utilizando os filhos como objeto das disputas através do Poder Judiciário, com constante reexame das decisões ou renovações das ações.

A interferência do Poder Judiciário deve colocar um limite, uma contenção não apenas ao litígio, com a prolação da sentença, mas também aos litigantes, impondo determinadas condutas. A demanda jurídica, permeada pela demanda psíquica dos sujeitos, deverá encontrar um ponto de equilíbrio a limitar ou a conter que se exacerbe na utilização da atividade estatal.

Tais medidas podem advir da inversão de guarda, ao se identificar o uso abusivo da mesma com a criação de impedimentos de contato com o outro genitor. Em hipóteses de violência doméstica, com a utilização de medidas protetivas de afastamento do agressor. Outra possibilidade se dá através da ação de exoneração de alimentos quando percebida a prática abusiva. A obrigação alimentar não é e não pode ser encarada como pecúlio ou benefício previdenciário. Ou ainda com a utilização da ação revisional de alimentos para reduzir ou majorar as verbas, já que em alimentos se impõe a existência do binômio necessidade (do alimentando)/possibilidade(do alimentante), conjugado com a razoabilidade da verba.

⁶³ ISAAC, Marla B; MONTALVO, Bráulio; ABELSON, David. **Divórcio Difícil:** terapia para os filhos e a família. Buenos Aires: Armorrortu Editores, 1986.

Se por um lado a jurisdição garante o acesso à justiça permitindo a garantia dos direitos tutelados, de outro lado permite a utilização desta mesma jurisdição - garantidora de direitos - como meio de satisfações individuais e privadas advindas de questões exógenas ao direito, representando um desvio da prestação jurisdicional. Esta deve ser utilizada, já que garantia constitucional, mas com a moderação, inibindo colar ao discurso do “Tenho Direito” a certeza de “Tenho o Poder”.

O Poder Judiciário também deve buscar uma autocontenção. No cumprimento de sua atividade precípua de solução de conflitos, acaba por interferir sobremaneira nas estruturas familiares. Para que não se perca no percurso, já que o conhecimento específico de saber psicossocial, o Judiciário deve-se apoiar em equipe multidisciplinar, estas aptas a lidar com o fenômeno desestruturação/reestruturação das famílias, permitindo um maior ponto de contato e de diálogo entre as mesmas.

Quando o esfacelamento de uma relação conjugal se apresenta, os casais tendem a procurar o Poder Judiciário para que este aponte aquele que está ou não com a razão, pretendendo seja imputada a responsabilidade pelo fim da união. Esta tendência, facilitada pelo acesso ao judiciário e pela atuação de advogados, conduz ao fenômeno da judicialização da família, através do qual o Judiciário, garantidor de direitos fundamentais, é chamado para exercer a função de controle sobre as famílias, tornando-se um perpetuador do vínculo.

Ao conseguir identificar a judicialização do Direito de Família como instrumento perpetuador de relações já esgarçadas, com a utilização exacerbada de institutos jurídicos como fomentadoras de disputas iníquas,

abre-se o questionamento sobre a concretização da Justiça em sede de Família e a formulação de hipóteses sobre a possibilidade de se evitar a judicialização não como vedação ao acesso à Justiça, mas através da atividade interdisciplinar ensejadora de mediação e de efetivação na resolução de conflitos.

Para permitir este diálogo, e com a finalidade de resguardar os reais interesses de crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, mas também dos pais, coibindo a construção unilateral da figura do ex-genitor, apresentam-se novos rumos para a discussão de medidas pré-judiciais ou concomitantes à atividade estatal, com a intervenção de personagens outros que não apenas o juiz, mas auxiliares do juízo na busca por uma maior compreensão da subjetividade dos sujeitos litigantes.

Abre-se assim novo norte na busca de conhecimentos para o exercício da atividade jurídica. Não apenas em sede judicial, mas também através da mediação em conflitos familiares. Caso inevitável a intervenção do Estado, cria-se amparo para que as decisões judiciais sejam medidas efetivas da justa aplicação e real função de composição dos conflitos.

Através de um novo olhar, se infere que a prática jurídica adequada a compor e mitigar os conflitos familiares deverá coadunar a normatização com a subjetivação das partes, suas peculiaridades, respeitando os sujeitos para que de forma efetiva o direito proteja a projeção da personalidade humana, o que impõe novas digressões, em especial de sobre a mediação.

4. Mediação familiar

Neste momento da pesquisa, busca-se a construção de argumentos que propiciem sustentar a pertinência da mediação em litígios familiares como forma de pacificação dos conflitos. Para melhor compreensão da idéia de que a busca e implementação desta técnica de solução de conflitos é um novo rumo a ser perseguido pelos operadores do direito de família, é necessário apontar os seus objetivos, pressupostos e conceitos técnicos que permitam justificar o método como próprio à concretização da harmonia de co-responsabilização em famílias recompostas.

O reconhecimento da interpretação do Direito de Família, ramo do direito civil a disciplinar as relações e a organização das entidades familiares através de normas protetivas à família, conforme a Constituição, valorizando a dignidade da pessoa humana, cada vez mais indica a necessidade de uma leitura particularizada das famílias e da aplicação do Direito em suas contendas.

Um prisma a ser considerado em específico no que se refere a ações judiciais no Direito de Família se refere à subjetividade das partes litigantes, que se submetem às normas, aos processos judiciais e de forma concomitante sofrem seus dramas familiares advindos dos rompimentos afetivos. É vasto o campo de transformações familiares que interferem na “ordem dita simbólica”, termo empregado por Célio Garcia para “mencionar o modelo a que

corresponde a organização da família tradicional”,⁶⁴ suficiente a deixar as pessoas em desamparo afetivo ao vislumbrarem uma separação, tornando extremamente difícil a sua efetivação pessoal e os reflexos da ordem jurídica.

A utilização de normas e de institutos jurídicos como realizadores de vingança entre pares, em especial entre genitores, inclusive com a utilização da criança pelos pais como mero objeto e não como sujeito de Direito, com a perpetuação de litígios, colocam em risco a função social do direito e a possibilidade de se admitir as novas estruturas familiares.

Em que pese a lei ser regra geral e abstrata para aplicação no caso em concreto, deve-se observar determinadas peculiaridades à hipótese, já que as demandas judiciais familiares podem traduzir um não-dito de emoções das pessoas nelas envolvidas.

A reflexão sobre como está funcionando a atividade jurisdicional se apresenta necessária. O judiciário não pode amparar, confirmar ou reforçar o ressentimento entre pares, tornando a história ainda mais difícil de ser suportada. A dura submissão às normas, imperativas e imprescindíveis à atuação institucional do Estado, pode potencializar a demanda. Uma nova atividade, chancelada pela jurisdição e que ofereça um espaço diferenciado para a pacificação e composição dos conflitos, deve ser oferecida como solução inovadora ao efetivo desenlace dos mesmos: a mediação.

Fredie Didier Junior conceitua a mediação como uma:

⁶⁴ GARCIA, Célio. Dinâmica da mediação. In: PEREIRA, Gisella Câmara; GROENINGA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito de família e Psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 350.

[...] técnica de resolução de conflitos não-adversarial que, sem imposições de sentenças ou lados e, com profissional devidamente preparado, auxilia as partes a acharem os seus verdadeiros interesses e preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem [...].⁶⁵

Através da articulação de novos saberes, se apresenta aos operadores do direito renovada reflexão para desencorajar o litígio, propondo novo caminho para evitar a judicialização da família. Esta prática, a ser realizada através de meios estatais e paraestatais, chamados por Alexandre Câmara de “sucedâneos da jurisdição”⁶⁶ e por Fredie Didier de seus equivalentes jurisdicionais,⁶⁷ tem como ponto de partida a receptividade e reciprocidade ao diálogo entre os prováveis litigantes.

Nesta linha de raciocínio e pretendendo a pacificação da sociedade, e no caso de tão delicado grupo, a família, há a pretensão de aplicação para métodos alternativos de composição de conflitos a serem realizados na via judicial e extrajudicial, como a arbitragem, a conciliação e a mediação, havendo certos requisitos legais a serem respeitados.

Sob o prisma econômico, os direitos podem ser divididos em patrimoniais e extrapatrimoniais ou não-patrimoniais. Os primeiros são de cunho patrimonial ou economicamente aferíveis; os segundos, personalíssimos ou familiares, de cunho moral e protetivos à integridade da pessoa.

⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2008. 1 v., p. 76.

⁶⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. op. cit., p. 41.

⁶⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. op. cit., p. 74.

No que se refere à disponibilidade, os direitos podem ser disponíveis ou indisponíveis. Os direitos disponíveis devem ser entendidos como aqueles que podem ser destacados e transmitidos do patrimônio da pessoa, sendo possível a transação, a composição e até mesmo a renúncia. No que tange aos direitos indisponíveis, integram a personalidade da pessoa e por isso não podem ser alienados ou transmitidos, acompanhando-as por toda a sua existência.

Os direitos de família, em regra, são extrapatrimoniais e indisponíveis no que tange aos direitos pessoais, também chamados por Paulo Nader de direitos familiares puros.⁶⁸ No entanto, respeitada a cogência da lei, há direitos familiares patrimoniais, estes referidos aos regimes de bens, os quais não são tomados como referência nesta pesquisa.

A Lei da Arbitragem⁶⁹ dispõe sobre o procedimento extrajudicial que permite às partes a submissão de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis a um ou mais árbitros ou a órgão institucional arbitral, valendo a sentença arbitral como título executivo. Logo, no que se refere a conflitos familiares, ainda não é possível a utilização da arbitragem. Mas há o Projeto de Lei nº 4.109/08, em trâmite na Câmara dos Deputados, propõe a alteração do art.1º da Lei de Arbitragem, para admitir o compromisso arbitral em litígios familiares patrimoniais, exceto na hipótese de haver filhos incapazes.

⁶⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 5 v.,p. 25.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9307.htm>>. Acessado em 27 de julho de 2010.

A proposta suscita a discussão sobre a atribuição a ser deferida a árbitros “de confiança”: a um, por ser árbitro de inteira confiança do Poder Público o Juiz de Direito; a dois, por exigir a lei, em havendo litígio em ações de estado, onde há interesse de ordem pública, a intervenção do Ministério Público,⁷⁰ a três, a possibilidade desta decisão extrajudicial, suficiente a constituir título executivo, gerar insegurança jurídica às partes.

No entanto, em sendo as partes capazes e não havendo filhos incapazes ou quaisquer conflitos jurídicos, já é possível a separação, o divórcio e a partilha de bens na via extrajudicial, através do procedimento notarial introduzido pela Lei nº 11.441/2007. Neste, não se discute culpas ou mágoas, já que os notários não têm legitimidade para apreciar litígios. Tampouco questões referentes a filhos incapazes, já que estas impõem a atuação do Ministério Público, logo da atividade jurisdicional conjugada.

Na via judicial, em se tratando de direito de família, prevista a realização de audiência preliminar de conciliação⁷¹ antes da audiência de instrução e julgamento, permitindo às partes transigir e firmar acordos. Na conciliação, as partes, na presença de seus advogados e de um juiz ou de um conciliador, pessoa preparada e designada pelo tribunal para o exercício da atividade, buscam na autocomposição a solução consensual ao litígio.

⁷⁰ Art. 82 da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

⁷¹ Art. 331 Lei nº 5.869/73, Código de Processo Civil.

É também permitido ao juiz, a qualquer tempo,⁷² convocar as partes em tentativa de autocomposição. Ainda que não obtida nos moldes citados, ao início da instrução e julgamento novamente o juiz tentará conciliar as partes.⁷³

Alexandre Câmara aponta que os conciliadores têm grande ingerência na condução do acordo: demonstrando às partes os riscos inerentes ao litígio judicial, desde ônus financeiros a emocionais, participando ativamente das negociações, sugerindo soluções possíveis.⁷⁴

A conciliação demonstra a compreensão pelo legislativo e judiciário de que um acordo tende a deixar menos insatisfeitos os litigantes. Com o julgamento, a sentença condenará uma parte a algo ante a qual se opunha, podendo deixá-la irresignada, abrindo a possibilidade de recursos, prolongando o litígio. Com o acordo, ainda que não plenamente contentadas as partes, tendem a manifestar menor insatisfação com a decisão, a qual deverá ser homologada pelo juiz. Ao transigirem, abrem mão de pedidos em prol da satisfação de outros.

Uma solução que vem se apresentando cada vez mais nos tribunais, em especial em litígio que versam sobre direito de família e na busca de harmônica composição, é a mediação. Partindo da premissa de que as disputas familiares, antes mesmo de externarem conflitos jurídicos, têm conteúdo afetivo e demandam reflexões sobre conjugalidade e co-parentalidade, a mediação

⁷² Art. 125 Lei nº 5.869/73, Código de Processo Civil.

⁷³ Art. 447 Lei nº 5.869/73, Código de Processo Civil.

⁷⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 58.

poderá propiciar um menor desgaste e até mesmo uma restauração – não se pretende em especial a reconciliação – da parentalidade na reorganização de famílias separadas.

A busca de um desenlace através da autocomposição, chamada por Mauro Cappelletti de justiça coexistencial, pode ser fonte de restauração “de relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas”.⁷⁵ Não se deposita apenas nas mãos de um terceiro – o juiz – a expectativa e decisão sobre os seus desafetos, estes os conflitos familiares.

Quando há um rompimento nas relações afetivas, o casal inicialmente se inclina a tentar sozinho, através do já ruidoso diálogo, resolver os seus problemas. Esta atitude pode afastar ainda mais a compreensão sobre os sentimentos que levaram à separação. As mágoas e a imputação da culpa ao outro pelo desfazimento da relação, as angústias com o porvir, podem desviar os sujeitos de uma solução amigável. Não sendo possível o acordo, procuram um terceiro, geralmente um advogado, que em regra os conduzirá diretamente ao Poder Judiciário, onde tentarão, de forma infrutífera, significar as suas perdas importantes.

Neste momento se apresenta oportuno o ingresso do mediador, pessoa neutra, independente e imparcial, sem quaisquer interesses pessoais na demanda, para tentar desatar os nós que impedem o diálogo. Mas para tanto é necessário o respeito à autonomia de vontade das partes, que devidamente

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 87.

informadas do procedimento e de suas possibilidades, decidem pela utilização – ou não – da mediação.

Para Humberto Dalla, há três principais elementos básicos que permitem a realização da mediação: “a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo”.⁷⁶

Em busca de facilitar a conversação entre os litigantes, a mediação é um caminho em que as decisões têm origem no encorajamento ao diálogo. Neste percurso, não há a condução ou proposta de soluções imediatas pelos mediadores, mas abre-se um canal de comunicação a possibilitar aos litigantes ampla reflexão sobre o momento que estão vivendo. É um procedimento voluntário, onde as partes devem ser informadas sobre o processo para que possam inicialmente decidir se têm disponibilidade e pretensão em tomar parte do mesmo; sigiloso e confidencial, não podendo ser levadas a público as narrativas realizadas nas sessões.

O método propicia uma conversa entre os litigantes para que os mesmos, por si próprios, possam refletir e construir melhores respostas aos seus conflitos. É a sede onde a autocomposição preferencialmente se realiza, pois as partes identificam, concebem e decidem sobre as suas questões familiares. Ao decidir, há uma maior aceitação e responsabilização conjunta pelo resultado inicial, pois não se transfere a decisão a terceiros. O mediador, imparcial, é canal facilitador nesta comunicação, mas não intervém de forma ativa ou decisória.

⁷⁶ DALLA, Humberto Bernardina de Pinho; DURÇO, Karol Araújo. op. cit., p. 16.

Ao encorajar a reflexão sobre a própria dor, sobre o vazio do rompimento das relações afetivas para a construção de um novo caminho, a mediação estimula uma atividade interna que conduza e direcione a própria vida. Possibilitando uma nova dimensão e compreensão do sofrimento e da dor pela separação, o par seria capaz de elaborar as suas diferenças e construir um novo e diferente diálogo.

Para Maria Berenice Dias e Giselle Câmara Groeninga, a mediação familiar permite a reorganização das relações entre o ex-par, razão pela qual:

A mediação é um complemento ideal de auxílio à justiça, principalmente na área de direito de família, onde se busca a transformação dos conflitos de forma pacífica para que o casal resolva os problemas decorrentes da ruptura com menor custo emocional, econômico e social. Ao auxiliar na reorganização da vida, na retomada da auto-estima, propicia o trânsito entre o objetivo e o subjetivo.⁷⁷

Em trabalho sobre a mediação familiar, Águida Arruda Barbosa apresenta o conceito de mediação como um:

[...] método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito[...].⁷⁸

Aduz a autora que a mediação familiar pressupõe que este terceiro acompanhe as partes na gestão de conflitos, dando suporte para que eles

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle Câmara. **A mediação no confronto entre direitos e deveres**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=42>>. Acessado em 2 de agosto de 2010.

⁷⁸ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: uma vivência interdisciplinar. In: PEREIRA, Gisella Câmara; GROENINGA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito de família e Psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 342.

mesmos criem soluções breves e satisfatórias nos seus interesses e nos de seus filhos, responsabilizando-se pelos seus papéis.

Para Danièle Ganacia, a mediação familiar é:

[...] um trabalho sobre o reconhecimento e a reabilitação do outro, um lugar de alteridade e de respeito mútuo reencontrado: ela opera então um fenômeno de “conversão” dos estados de espírito: ao escutar as vivências e os sofrimentos do outro, a raiva decai, a confiança tem possibilidade de ser restaurada [...].⁷⁹

A mediação exitosa que envolve a relação materno-paterno-filial, com a elaboração de soluções referentes a guarda, alimentos e a adequada manutenção do direito convivencial, para Ana Célia Roland Guedes Pinto é o reconhecimento de que a família recomposta não pressupõe a destruição da família, mas uma nova forma de constituição, com novas responsabilidades e atribuições, em especial no que se refere aos filhos, demonstrando uma “maturidade alcançada para pleitear na Justiça o que é justo, sem destruição, sem o uso dos filhos”.⁸⁰

Assim, a mediação seria medida capaz a redução do o reforço a disputas e altercações judiciais, permitindo aos sujeitos melhor assenhoreamento sobre as suas escolhas.

Embora a mediação ainda não tenha uma regulamentação em lei, o seu estudo apresenta grandes expectativas dos operadores do Direito, pois da mesma decorre ativa participação dos sujeitos na resolução de seus conflitos.

⁷⁹ GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da parentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, mar. 2001, p. 7.

⁸⁰ PINTO, Ana Célia Roland Guedes. O conflito familiar na Justiça – Mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, mar. 2001, p. 62.

Em 1998 foi proposto o PL 4.827, transformado em PLC 94/2002 no Senado, com o fito de institucionalizar e disciplinar a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. O projeto, que está arquivado desde 09 de agosto de 2007 no Senado,⁸¹ define a mediação como:

[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual [...].⁸²

A política de reforma do judiciário, com o anteprojeto que visa modificar o Código de Processo Civil⁸³ tem, entre as suas finalidades, o “estímulo à inovação e à modernização de procedimentos” a ser incluído no contexto social de sua realização. Partindo da premissa de que as partes, ao criarem entre si soluções aos conflitos que não impostas pelo julgador terão satisfação efetiva, acentua a possibilidade de realização de mediação para por termo às disputas. Com previsão de criação de setores específicos para a atuação dos conciliadores e mediadores judiciais a serem instituídos pelos Tribunais estaduais através de lei específica,⁸⁴ pretende estimular a busca de composição pelas próprias partes.

⁸¹ BRASIL. Congresso. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 02 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367>. Acessado em 03 de agosto de 2010.

⁸² Art. 2º do PLC 94/2002.

⁸³ BRASIL. Congresso. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 166 de 08 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acessado em 02 de agosto de 2010.

Ainda que seja um veículo de desobstrução do Judiciário, a mediação familiar não substitui e tampouco afasta a atividade jurisdicional. É uma alternativa complementar, pois a via consensual, aduz Dalla, pode estar comprometida pelo desgaste “pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito”.⁸⁵ É medida que possibilita a resolução de conflitos familiares de forma pacífica e permite a reflexão sobre os dramas de separação e divórcio, oportunizando um lugar de descoberta de um caminho menos traumático ao restabelecer, se possível, o diálogo entre o ex-casal.

A mediação familiar pode ser exercida através de mediação prévia ou incidental, concomitante ao processo. Exigir a sua aplicabilidade fere o princípio da autonomia da vontade. Logo, é facultativa e não deve ser imposta como condição ao exercício de ação.

A primeira modalidade possibilita uma maior economia pessoal ao evitar o desgaste em juízo. A partir do momento em que as partes tenham condições de requerer a homologação, constituindo título executivo judicial,⁸⁶ de um acordo já refletido e por eles mesmos elaborado, há maior estabilidade no ambiente familiar.

⁸⁴ Lei de organização Judiciária, de competência do Tribunal de Justiça dos estados-membros.

⁸⁵ DALLA, Humberto Bernardina de Pinho; DURÇO, Karol Araújo. op. cit.

⁸⁶ BRASIL. Congresso. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado, nº 166 de 08 de junho de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>

Caso já instalado o litígio judicial, ainda assim a mediação deve ser incentivada,⁸⁷ mas não apenas em decorrência da lenta consecução do processo. Uma vez que o que se busca é a conscientização das partes sobre como confrontar as suas novas relações e possibilidades familiares, esta forma alternativa de solução de litígios poderá arrefecer ânimos exaltados e evitar a perpetuação da demanda judicial.

A mediação é um processo informal e não possui uma estruturação específica. Através do debate, o qual impende vários encontros entre as partes e o mediador, pressupõe um comportamento de cooperação entre os membros, que devem se afastar de posturas beligerantes ou do clássico “ganhar ou perder”. Há uma revitalização da flexibilização relacional com o interesse comum em melhorar a comunicação e buscar a resolução daquele conflito, o qual deve ser delimitado desde o início do procedimento.

Nesta nova linha de realização da justiça, o anteprojeto do Código de Processo Civil busca definir a função do mediador: “O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo”.⁸⁸

Este terceiro introduzido pela mediação, na dicção de Célio Garcia, possibilita uma “saída original”, já que os mediadores não resolvem eles mesmos os conflitos dos mediandos, mas permitem que eles “encontrem uma saída para os próprios conflitos”.⁸⁹

⁸⁷ Projeto de Lei do Senado, nº 166 de 08 de junho de 2010, art.135.

⁸⁸ Projeto de Lei do Senado nº 166 de 08 de junho de 2010, art. 135, § 2.

A mediação familiar, como ora se propõe, utiliza de uma prática comum à psicanálise: a escuta. Das lides judiciais participam o Estado-Juiz, representado pelo magistrado, os seus auxiliares, neste campo inseridos os psicólogos, assistentes sociais e mediadores, e os advogados. Então, quem seriam as pessoas aptas e capazes ao exercício desta articulação do sujeito com a compreensão sobre si mesmo e a repercussão do direito positivo?

Para que possa identificar os limites de atuação, o saber do mediador precisa ser afetado por ambas as áreas de conflito: o sujeito e a lei. Mas, também precisa conhecer os mecanismos e técnicas de abordagem para que, segundo Luis Alberto Warat, possa permitir oferecer uma função transformadora, passível de apresentar a mediação como “o encontro consigo mesmo e para a melhora na satisfação dos vínculos”.⁹⁰

Não sendo um processo terapêutico, o que desvirtuaria o instituto e ao final alongaria a resolução colimada, ainda assim é importante que os mediadores tenham conhecimento sobre a subjetividade dos sujeitos e maior compreensão e percepção sobre a natureza humana. Estes requisitos que se pretendem nos mediadores que buscam auxiliar na solução de conflitos judiciais que se refiram às relações familiares talvez apresentem uma maior efetividade do que apenas o conhecimento da lei.

5. Conclusões

⁸⁹ GARCIA, Célio. op. cit., p. 347.

⁹⁰ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 84.

À guisa de conclusão, apresentam-se as considerações finais, tendo em vista a atualidade e modernidade do tema abordado, que por si só não permitiria o esgotamento do debate.

A lei brasileira dispõe que as crianças e os adolescentes, seres humanos em desenvolvimento, devem ter tratamento diferenciado e especial proteção. Para tanto, impõe aos pais o poder familiar. Este se traduz no dever-função advindo da autoridade parental, o qual deve ser exercido por ambos de forma concomitante e sempre no interesse da criança. O fato do par parental não comungar da conjugalidade em nada afeta o poder familiar, o qual se mantém hígido em regra, excetuando apenas as hipóteses de risco aos filhos. Este poder-dever tem fundamento legal na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Teoria da Proteção Integral e da lei civil, sempre a ser exercido no melhor interesse do menor, protegendo e zelando pelo seu desenvolvimento físico e psíquico.

Nestas situações em que famílias em disputa envolvem os seus filhos, é possível verificar a violação aos direitos daqueles a quem se deve proteger.

Neste questionamento, é possível reconhecer as significativas interferências que o Poder Judiciário pode realizar nas relações familiares. Partindo da premissa de que o acesso ao judiciário é uma garantia constitucional e que cada vez mais devem ser criados incrementos à sua facilitação, permitindo a efetiva proteção e manutenção dos laços sociais, foram apontadas diversas modalidades a proporcionar a promoção da aplicação justa e célere na solução de litígios. Os direitos constitucionais e civis, empregados de forma integrada, têm aplicabilidade direta nos litígios

familiares. Desta forma, há tutela jurisdicional específica a atender aos superiores interesses dos filhos menores, realizando o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção integral às crianças e aos adolescentes.

No entanto, a mesma garantia constitucional que assevera às pessoas o amplo direito de ação – e de defesa – pode ser usada de forma a desacreditar a atividade jurisdicional, sendo proveitoso apenas à retaliação. O excesso de ações que nada mais representam senão o desejo de manutenção de vínculos com o ex-parceiro, como dito anteriormente, é capaz de reatualizar os conflitos, cristalizando-os e perpetuando os laços ainda mais.

A incapacidade em conviver com as diferenças da nova família ou em solucionar os dramas pessoais pode conduzir as pessoas a uma busca junto ao Poder Judiciário, onde o que se pretende é meramente uma adesão a razões e culpas. Chama-se o Estado como o único capaz a consolidar determinadas certezas, apontando e desacreditando o ex-par. O litigante tem convicções consubstanciadas em seus afetos e pretende, através do ativismo judicial, obter a confirmação das mesmas. O excesso deste ativismo em decisões familiares pode conduzir a uma não-realização efetiva da justiça, mas de consolidação de questões subjacentes ao direito.

O procedimento acima descrito pode ser encarado como a judicialização da família e foi analisado sob dois prismas.

O primeiro demonstrou-se positivo ao revelar que o acesso ao Poder Judiciário permite às pessoas que entendem não ver os seus direitos espontaneamente satisfeitos socorrerem-se de um instrumento capaz de

determinar o seu cumprimento, além de oferecer aos atores dos dramas familiares a oportunidade de serem ouvidos pelo Estado e por seus auxiliares.

O segundo é negativo e se estabelece através da verificação de que quando uma pessoa necessita do amparo judicial para a efetivação de seu direito advindo das relações familiares, esta provocação necessária pode indicar não apenas que este não foi espontaneamente reconhecido, mas também o desvio da atividade jurisdicional, a qual passa a concorrer com situações subjetivas e principalmente psicológicas, que nem sempre encontram soluções jurídico-legais que efetivem justiça, e que, principalmente, causem dano menor.

Os processos intermináveis são excessivamente onerosos às partes, financeira e emocionalmente. Nesta linha de raciocínio, percebeu-se que a mediação familiar pode ser uma medida judicial ou parajudicial a auxiliar em tais conflitos. Ao oferecer às partes uma forma diferenciada de escuta, percorre-se um novo caminho. Partindo da premissa de que o término da relação afetiva conjugal não precisa ser encarado de forma nociva ou prejudicial à unidade do grupo familiar, busca-se reforçar o diálogo entre o ex-casal para que juntos possam chegar a um entendimento e consenso sobre as suas demandas, sem que haja uma interferência direta e imediata do mediador no conflito que tem como função apenas auxiliar a desatar os nós, reduzindo os ruídos da comunicação. Abre-se assim um espaço para que as partes reflitam e decidam por si próprias, de forma mais harmônica ou menos beligerante, construindo eles mesmos a própria solução. Compreende-se que em havendo

diálogo, as pessoas podem construir uma nova relação e uma agenda, que permita a redução na insatisfação e na repetição de ações semelhantes.

Diante das considerações tecidas ao longo de todo este trabalho, pode-se afirmar que não se pode desqualificar a co-responsabilidade no exercício da parentalidade. É importante que este percurso seja realizado, se possível, na companhia de ambos os pais, que juntos, ainda que não comunguem de uma vida afetiva em comum, têm o dever e a função de criar, educar e proteger os filhos. Criar para a vida, educar para a convivência, proteger contra atos de pessoas que possam causar danos. Ao respeitar a alteridade no exercício do poder familiar, haverá uma proteção efetiva do filho.

6. Referências

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: uma vivência interdisciplinar. In: PEREIRA, Gisella Câmara; GROENINGA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito de família e Psicanálise, rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 02 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367>. Acessado em 03 de agosto de 2010.

_____. Congresso. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 166, de 08 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acessado em 02 de agosto de 2010.

_____. Congresso. Senado Federal. Proposta de Emenda Constitucional nº 28, de 15 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651>. Acessado em 27 de julho de 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>>. Acessado em 27 de julho de 2010.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>>. Acessado em 27 de julho de 2010.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9307.htm>>. Acessado em 27 de julho de 2010.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 27 de julho de 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. 1 v.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO. Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DALLA, Humberto Bernardina de Pinho . **A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro** Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/A%20MEDIAÇÃO%20E%20A%20NECESSIDADE%20DE%20SUA%20SISTEMATIZAÇÃO%20NO%20PROCESSO%20CIVIL%20BRASILEIRO.pdf>>. Acessado em 03 de agosto de 2010.

_____. DURÇO, Karol Araújo. **A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito.** O Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf>. Acessado em 03 de agosto de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; GROENINGA, Giselle Câmara. **A mediação no confronto entre direitos e deveres.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=42>>. Acessado em 2 de agosto de 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2008. 1 v.

DUARTE, Luiz F. D. Em busca do castelo interior: Roger Bastide e a psicologização no Brasil. In: DUARTE, Luiz F. D; RUSSO, Jane; VENANCIAO, Ana T. A (orgs.). **Psicologização no Brasil:** atores e autores. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil.** Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil: novos argumentos e novas soluções para um velho problema. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf Hanssen (Orgs.). **Direito de Família Processo Teoria e Prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GANANCIA, Danièle. **Justiça e mediação familiar:** uma parceria a serviço da parentalidade. Revista do Advogado, n. 62, mar. 2001.

GARCIA, Célio. Dinâmica da mediação. In: PEREIRA, Gisella Câmara; GROENINGA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito de família e Psicanálise, rumo a uma nova epistemologia.** Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ISAAC, Marla B.; MONTALVO, Bráulio; ABELSON, David. **Divórcio Difícil: Terapia para os filhos e a família**. Buenos Aires: Armorrortu Editores, 1986.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1 v.

_____. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 1 v.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Estado do Rio de Janeiro. Código de ética e disciplina. Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, p. 4.000-4.004. Disponível em: < <http://ins.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=2>>. Acessado em 25 de agosto de 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1 v.

_____. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro:Forense, 2009. 1 v.

PINTO, Ana Célia Roland Guedes. O conflito familiar na Justiça – Mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**, n. 62. mar. 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Marília Iobão. A Psicologia Judiciária nos Juízos que tratam do Direito de Família no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. In: BRITO, L.M.T (org). **Temas de Psicologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

RODRIGUES, Daniela de Mendonça e LIMA, Helenice Gama Dias de. Intervenções sistêmicas em um contexto de decisão. In: LIMA, Helenice Gama Dias de (Coordenação geral). **Construindo caminhos para a intervenção psicossocial no contexto da justiça**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2003.

SANTOS, Marcia Regina Ribeiro dos; COSTA Liana Fortunato. O tempo na trajetória das famílias que buscam a Justiça. **Revista do Departamento de Psicologia - UFF**, Niteroi, v. 19, n. 1, p. 111-126, Jan./Jun. 2007.

SARTI, Cynthia Andersen. A família como ordem simbólica. **Psicologia USP**, v.15, n.3, p.11-28, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro, v. 17, ano 5, p. 33-49, jan./mar. 2004. Ed. Padma. Disponível em: <http://www.advbr.info/textos/direito_civil/biblioteca8.pdf>. Acessado em 28 de julho de 2010.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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