

**UM OLHAR REVISIONISTA SOBRE A
LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA**



Fátima Nancy Andrichi
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

**UM OLHAR REVISIONISTA SOBRE A
LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA**
Ministra Fátima Nancy Andrighi

NOTAS INTRODUTÓRIAS DE REFLEXÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, o Direito de Família brasileiro sofreu significativo impacto. Trata-se de verdadeiro marco, de divisor de águas cujos valores se espraiam até os dias atuais, influenciando, moldando e revolucionando essa seara do Direito, em constante amadurecimento de institutos jurídicos relacionados à família, estejam eles expressamente previstos ou não na legislação infraconstitucional.

Segundo o art. 226 da Constituição Federal, a família, como “base da sociedade”, conta com “especial proteção do Estado”. Essa proteção especial é iluminada pelo valor maior previsto na Carta Magna – que sedimenta toda a estrutura de princípios, direitos e garantias fundamentais nela previstos –, qual seja, o *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III).

É pertinente esta lição de Oscar Vilhena Vieira:

A Constituição Brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, por intermédio de

seu art. 1º, III. A expressão não volta mais a aparecer no texto como um direito subjetivo expressamente reconhecido. Talvez essa tenha sido uma posição sábia do nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc. [...] O princípio da dignidade, expressa no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivo de terceiros. A dignidade afasta os seres da condição de objetos à disposição de interesses alheios.¹

Compreendida a dignidade na órbita de intenções e aspirações próprias de cada ser humano, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, como decorrência direta desse valor constitucional, o *afeto* como premissa maior a pautar as relações familiares – retirando da família o caráter patrimonialista – e, por conseguinte, a existência de um implícito direito fundamental à *felicidade* (eudemonismo).

Esse conceito é assim explicado por Rolf Madaleno:

[...] o termo família eudemonista é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros. O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque [...] desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade.²

Corroborar tal pensamento decisão do Pretório Excelso:

[...] a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF*. Malheiros. São Paulo : 2006. p. 64 e 67.

² MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev. at. e amp. Forense. Rio de Janeiro : 2011. p. 25.

matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte). Essa evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto [...].³

Sob esse influxo, o Brasil aprovou o Código Civil de 2002, em consonância com a ordem constitucional vigente. Como anota Rolf Madaleno, “a Carta Política de 1988 começou a desconstruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, patriarcal e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais”⁴.

O antigo regime, albergado pelo revogado Código Civil de 1916, acolhia uma “preocupação com o aspecto econômico da família”, a cujo “propósito alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, onde o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram os pontos maiores”⁵.

Conforme essa concepção, sob “a proteção do formalismo e da aparência, as famílias escondiam suas mazelas, os filhos extramatrimoniais eram execrados, as concubinas apedrejadas e a mulher, no próprio lar, era vitimizada”⁶.

Sintetizando a etapa inicial de evolução do Direito de Família no Brasil, diz Lourival Serejo:

³ STF, ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe-198,13-10-2011

⁴ Ob. cit. p. 5.

⁵ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. 2ª ed. ver. e at. Del Rey. Belo Horizonte : 2004. p. 17.

⁶ Id. ob. cit.

Com a mudança dos tempos e a efetivação dos direitos fundamentais, outros valores mais altos se levantaram [...] Entre nós, a Carta Política de 1988 representou a positivação das novas conquistas sociais. Em todas as relações pessoais, agora, se sobressai a preocupação com a dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo da nossa Constituição (art. 1º, III), impondo, assim, sua exigibilidade imediata e efetiva. A mensagem de Sua Santidade João Paulo II para a celebração do Dia Mundial da Paz (1º de janeiro de 1999) exortou todos os povos com esta advertência precisa: “A dignidade da pessoa humana é um valor transcendente, como tal sempre reconhecido por todos aqueles que se entregam sinceramente à busca da verdade.” Márcio Soletto Felipe, em seu trabalho sobre a Razão jurídica e dignidade humana, observa: “Quem pensa o Direito hoje tem que pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa na dignidade dos homens.” E mais adiante arremata: **“Pode-se ter dignidade sem ser feliz, mas não é possível ser feliz sem dignidade.”** No Direito de Família, a dignidade da pessoa se espraia em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia e de reconhecimento da função que cada membro desempenha no seio da sua família.⁷

Destarte, um olhar crítico lançado sobre a legislação infraconstitucional de família deve ter como premissa a ideia de concretização máxima da *dignidade* e dos demais *direitos fundamentais* decorrentes, de modo a permitir que as relações humanas, acima de tudo, prestigiem e fomentem a *felicidade* de seus integrantes no mais profundo e pessoal grau de realização.

1 - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO PARA ABRIR O OLHAR AOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Privado, em especial o Direito Civil, historicamente esteve afastado do regramento constitucional, na medida em que este cuidava, em tempos não tão longínquos, exclusivamente da ordem política de um país, ao passo que àquele incumbia a regência das relações privadas do “homem comum”.

⁷ Ob. cit. p. 17-18.

Paulo Lôbo, em obra coordenada por Gustavo Tepedino, bem explica essa dicotomia, inserida num contexto histórico específico:

O ideário liberal-burguês triunfante da Revolução Francesa tinha cindido a ordem política do *citoyen*, de um lado, e a ordem privada do *bourgeois* – protegendo seus negócios com o Código Civil –, de outro lado. Estado separado da sociedade civil: para aquele, a constituição política; para esta, o Código Civil, como constituição do homem comum, nas relações privadas. [...] Consequentemente, o direito civil e o direito constitucional desenvolveram-se inteiramente distanciados, um do outro; ao primeiro destinaram-se os efeitos concretos da vida privada e ao segundo os efeitos simbólicos de normas entendidas como essencialmente programáticas, que só alcançariam a plenitude normativa com a legislação ordinária. Esse dualismo exerceu uma força de sedução que persiste até os nossos dias, no senso comum dos juristas. Tem-se, ainda, a força da tradição, que alimenta o discurso do isolamento do direito civil, pois seria um conhecimento acumulado de mais de dois milênios, desde os antigos romanos, e teria atravessado as vicissitudes históricas, mantendo sua função prático-operacional, notadamente no campo do direito das obrigações.⁸

Em outras palavras, pode-se dizer que a bipartição extrema entre o Direito Civil e o Direito Constitucional era fruto da própria ideologia que alimentava o Estado Liberal.

Com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, do próprio Direito e com o surgimento de um Estado Social, os direitos fundamentais passaram a ser invocados como instrumentos concretizadores do bem-estar social.

Pode-se dizer que “os civilistas inseridos nesse contexto histórico, finalmente, descobriram a Constituição”⁹. Em síntese:

⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas. São Paulo : 2008. p. 19.

⁹ Ob. cit. p. 20.

Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo.¹⁰

Assim, “a constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado Social”¹¹.

Nesse cenário, a Constituição de 1988 consagra o Estado Social ao estabelecer, no art. 3º, ser *objetivo fundamental* da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem de todos. Logo, a extração de força vinculante, autônoma e independente emanada da Constituição revelou-se um processo natural que, definitivamente, trouxe ao Direito Civil brasileiro uma roupagem única, com perceptível desapego ao modelo estático do positivismo liberal.

Atualmente, “para os civilistas brasileiros, é indiscutível a distinção que se consagrou [...] das normas constitucionais entre princípios e regras, tendo ambos força normativa completa, sem dependência de regulação infraconstitucional”¹².

Anota Paulo Lôbo:

O Código Civil cumprirá sua vocação de pacificação social se for efetivamente iluminado pelos valores maiores que forem projetados nas normas constitucionais, notadamente os princípios. Somente assim será acolhido como lei de todos os brasileiros e não apenas dos mais

¹⁰ Ob. cit. id.

¹¹ Ob. cit. id.

¹² LOBO, Paulo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas. São Paulo : 2008. p. 22.

afortunados. A certeza da permanente constitucionalização, com a revitalização de sentido de suas normas, assegurar-lhe-á durabilidade pela pertinência com as mutações sociais.¹³

Assim, continua asseverando:

[...] o sistema de direito civil brasileiro é composto, no plano legislativo, pelas normas constitucionais (regras e princípios), como núcleo ou centro; gravitando em torno, estão o Código Civil, a legislação civil especial e o direito material das relações civis dos microsistemas jurídicos. É a Constituição, e não mais o Código Civil, que dá unidade ao sistema.¹⁴

Histórico é o receio de que o Direito Constitucional possa engessar a autonomia privada, permitindo interferência anômala na liberdade conferida aos particulares enquanto detentores do chamado “*status* negativo” perante o Estado (teoria dos quatro *status* do indivíduo, de Jellinek, segundo a qual o *status* negativo confere liberdade ao indivíduo mesmo estando sob influência dos Poderes do Estado; o indivíduo, por possuir personalidade, goza de um espaço de liberdade diante das ingerências dos Poderes Públicos, ou seja, a autoridade estatal é exercida sobre homens livres¹⁵).

Cumprir destacar o que Virgílio Afonso da Silva afirma sobre o tema:

[...] a jurisprudência brasileira nunca deu a devida atenção ao problema dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Isso não significa, contudo, que, na atividade jurisprudencial, esse tipo de problema nunca tenha sido abordado e sobre ele sido decidido. [...] Nesse sentido, ainda que não tenha havido nenhum desenvolvimento refletido e sistemático sobre o problema, os

¹³ Ob. cit. p. 23.

¹⁴ Ob. cit. p. 23-24.

¹⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 15. ed. rev. amp. e at. Saraiva. São Paulo : 2011. p. 867.

tribunais encarregaram-se de resolver o problema de forma *ad hoc* em alguns casos e essas soluções tornaram-se reiterada e, pode-se dizer, pacífica.¹⁶

A doutrina especializada aponta diferentes formas de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, devendo ser citados a *teoria dos efeitos diretos*, a *teoria dos efeitos indiretos*, o exemplo americano do “*state action*”, etc. Conforme lembra Virgílio Afonso da Silva¹⁷, países como a Alemanha, a Áustria, a Inglaterra, a Espanha, a África do Sul, a Suíça, o Canadá, a Itália e Israel tratam do assunto de uma forma mais sistemática, alguns, inclusive, com previsão expressa na respectiva Constituição, quanto à forma pela qual os direitos fundamentais devem ser aplicados a todas as relações privadas.

Contudo, independentemente da técnica utilizada, é inegável a influência da Constituição no Direito Civil, no intuito, a toda evidência, de melhor distribuição da Justiça, sempre em busca da efetiva pacificação social.

Ainda que não se aceite a ideia de aplicação direta, é certo que o Código Civil brasileiro, ao acolher, no projeto de Miguel Reale, a técnica da utilização das *cláusulas gerais*, traz consigo a possibilidade de incidência indireta dos direitos fundamentais (segundo a *teoria dos efeitos indiretos*, a intermediação legislativa é o canal necessário à veiculação daqueles valores).

Em suma, os preceitos axiológicos contidos na Constituição têm reconhecida eficácia sobre a ordem jurídica do País, como fruto da escolha de um povo por um modelo de Estado e sociedade que reputa adequado.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Malheiros. São Paulo : 2005. p. 102-103.

¹⁷ Ob. cit. p. 67.

A Corte Constitucional alemã, na ação paradigmática *Lüth*, há mais de meio século (1958), numa decisão que é considerada a mais importante da história do constitucionalismo pós-guerra, enfatizou:

A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.¹⁸

Na Constituição Federal, o § 1º do art. 5º – “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” – é o preceito facilitar que confere aplicação e eficácia a toda e qualquer relação jurídica, mesmo que privada.

Decorrente dessa regra, verifica-se que a Constituição, no capítulo referente ao Direito de Família (arts. 226 a 230), dá amplo tratamento a institutos como casamento, união estável e família monoparental, prevendo, ainda, regramentos de amparo e proteção à família (assistência a seus membros e coibição da violência em seu âmbito), à criança, ao adolescente, ao jovem, às pessoas portadoras de deficiência, às pessoas idosas, bem como dispendo sobre o dever de mútua assistência entre pais e filhos.

Nesse compasso, à luz da dignidade da pessoa humana, os valores fundamentais previstos na Constituição têm dado especial colorido ao sistema jurídico brasileiro, valorizando, acima de tudo, os direitos humanos.

No Direito de Família, cujas relações exigem naturalmente um trato mais humano dos conflitos, a influência dos valores constitucionais tem

¹⁸ Ob. cit. p. 42.

se revelado numa proporção mais significativa, propiciando a realização da justiça mesmo quando a lei ordinária não é explícita quanto a novos e determinados fatos sociais.

Em verdade, a evolução do Direito de Família, ao acolher o núcleo axiológico da lei fundamental, tem permitido que a Justiça conceda respostas atuais aos conflitos e interesses dos cidadãos antes que a consolidação do fato social seja reconhecido pela legislação ordinária.

A propósito, aponta Rolf Madaleno:

[...] no Direito de Família é de substancial importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional de realização do homem em sua relação sociofamiliar. Consequência natural de realização da nova diretriz constitucional que personaliza as relações surgidas do contexto familiar está em assegurar não apenas a imediata eficácia da norma constitucional, mas, sobretudo, a sua efetividade social, questionando se realmente os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos. É a chamada eficácia social da norma, que deixa de ser uma mera formulação abstrata, ou, no significado que lhe confere Luís Roberto Barroso, de a efetividade “representar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simbolizar a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”¹⁹

Em suma, “descortinam-se novos contornos para o Direito das Famílias, fundamentalmente a partir da *Lex Mater* de 1988, que está cimentada com fundamento nos valores sociais e humanizadores, especialmente a *dignidade humana*, a *solidariedade social* e a *igualdade substancial*”²⁰. Destarte, sob essa influência, tem sido possível,

¹⁹ Ob. cit. p. 41.

²⁰ CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3. ed. ver. Amp. e at. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro : 2011. p. 43.

principalmente ao Judiciário brasileiro, dar ao Direito de Família traços mais humanos e realistas, no intuito de melhor dignificar as relações interpessoais.

2 - O JUIZ DE FAMÍLIA COMO SERENADOR DE ALMAS

Ser juiz de família não é tarefa simples. É, talvez, o ramo do Direito que mais exige sensibilidade, altruísmo e amorosidade do juiz de direito. Para o exercício de tão nobre mister, é preciso ter em mente quão complexa é a nova definição de família e de todo o contexto familiar gerado pelo novo milênio.

Como lembram Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, a família, “na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social”²¹. A família é anterior ao próprio Direito. A sociedade tem suas bases calcadas na família. E o Direito, tem sua origem e evolução necessariamente atrelada a esses dois fenômenos.

Por isso, a sensibilidade embutida na humanidade, na compaixão e na misericórdia é qualidade imprescindível do julgador, para evitar que o ordenamento jurídico positivo se eleve a patamar que não lhe pertence. A análise dos conflitos de família deve estar atenta a definição de família, como um verdadeiro e complexo fenômeno humano, aliás, deve ser o ponto de partida para quem se propõe a conceituá-la, limitá-la, compreendê-la, para somente após solucionar os conflitos dela advindos ou interesses dos cidadãos no exercício do direito constitucional da busca da felicidade.

Virgílio de Sá Pereira, citado por Rolf Madaleno²², em afirmação emblemática, indagava:

[...] que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o

²¹ Ob. cit. p. 2.

²² Ob. cit. p. 1.016-1.017.

fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural; [...] A família é um fato natural [...]. A convenção social é estreita para o fato, e este não se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda a parte ele constitui família, dentro da lei se possível, fora da lei se necessário.

Por essa razão, é importante ao juiz de família ser dotado de conhecimento das ciências humanas, não se limitando ao aspecto jurídico das relações familiares. Mesmo que não se possa exigir profundo conhecimento técnico multidisciplinar do juiz, cabe aos tribunais dotar as Varas de Família de profissionais das áreas de psicologia, de sociologia e de outras ciências afins para fornecerem ao juiz elementos e dados necessários para que as sentenças sejam justas, assinalando-se que referidos elementos influenciam positivamente a resolução de conflitos de família, tornando a sentença um ato mais humano.

Rodrigo da Cunha Pereira frisa que “a filosofia do Direito começa a questionar e a repensar a categoria dos sujeitos, a partir de um enfoque interdisciplinar”²³.

E acrescenta:

As filosofias pós-modernas lançaram novas luzes sobre a dogmática jurídica e até mesmo sobre a teoria do conhecimento. [...] O Direito já não pode, como ciência, desconsiderar a subjetividade que permeia a sua objetividade. Da mesma forma, é preciso compreender que o sujeito de direito é também um sujeito desejante, e isto altera toda a compreensão da dogmática jurídica.²⁴

A evolução da sociedade passou a exigir do juiz de família conhecimentos antropológicos nas suas várias dimensões, tais como

²³ Ob. cit. id.

²⁴ Ob. cit. id.

biológico, cultural, social e físico, em especial porque, com a valorização do afeto e do dever de cuidado, fica cada vez mais patenteado que a intervenção estatal nas relações pessoais de interdependência não mais se justifica. Pode parecer paradoxal, na medida em que se aceita a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, e, ao mesmo tempo, espera-se menor judicialização dos conflitos de família com a implementação da avaliação neutra, mediação, conciliação e etc.

No entanto, em razão justamente da influência dos valores constitucionais, sempre em prestígio à dignidade humana, é que se compreende hodiernamente um Estado pontualmente intervencionista, capaz de garantir a liberdade dos indivíduos no seio de suas relações, assegurando-lhes proteção, *v.g.*, na hipótese de violência familiar, opressão de gênero ou idade, etc., mas, ao revés, com menor influência e restrição quanto às relações em si.

Conrado Paulino da Rosa bem observa que “a intervenção do Estado deve apenas ser e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do vínculo afetivo”²⁵. Nesse sentido, destaca que “a intervenção não pode gerar uma intimidação dos sentimentos, deixando o Estado de respeitar a vontade das pessoas, amedrontando os que apenas querem se amar”²⁶.

Noutro vértice, a intervenção estatal é também questionada no tocante à capacidade de efetiva resolução de conflitos familiares por meio da atividade jurisdicional tradicional, baseada na observância de um processo e um procedimento legal, que se exaure com a prolação de uma sentença, culminando por erigir dentre os litigantes, um vencedor e um perdedor.

²⁵ ROSA, Conrado Paulino da. Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar. Del Rey. Belo Horizonte : 2012. p. 44-45.

²⁶ Ob. cit. p. 45.

Como bem lembra Paulino da Rosa, “sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos”²⁷.

A solução do conflito em sua origem exige, não raro, muito mais recursos científicos do que a simples resolução jurídica da lide posta no processo.

É necessário compreender o conceito de conflito:

Do ponto de vista psicológico, numa concepção psicanalítica, o conflito é proveniente de um processo inconsciente pelo qual as energias psíquicas (pulsões) provenientes do *id* encontram obstáculos do *ego* e, em decorrência, são reprimidas pelo *superego*, retornando, dessa forma, ao inconsciente. Trata-se de um conflito entre o *ego* e o *id*, estando o *superego* do lado de um ou do outro.²⁸

Ou, sob outro enfoque, pode-se dizer que “por trás de toda petição, há sempre uma repetição de uma demanda originária”, a qual, muitas das vezes, “é de amor”²⁹.

Assim, “quando alguém está litigando, relata sua história, que é sempre diferente e diversa da história da outra parte. Ele acredita estar com a verdade. Verdade ou não, é sua versão, pois a outra parte também acredita estar dizendo a verdade”³⁰.

Por isso, consoante frisado, a cada dia mais exsurge a relevância da formação especializada dos profissionais que trabalham na área do Direito de Família, pondo-se em destaque o juiz. É essencial perceber que a “insistência (do advogado familiarista, de modo geral) em atizar o conflito, ampliando-o para fora e para além de sua moldura real, no

²⁷ Ob. cit. p. 129.

²⁸ Ob. cit. p. 103.

²⁹ Ob. cit. p. 108.

³⁰ Ob. cit. p. 105.

mais das vezes, é movida muito mais pelo costume de assim atuar do que pelas necessidades afetivas dos membros da própria família”³¹.

Ao juiz de família compete atenção para com o conflito, sob pena de amplificá-lo em vez de resolvê-lo:

Além do advogado inimigo do acordo, também o juiz pode ser importante aliado na manutenção do vínculo. Tal profissional, seja por lhe faltar vocação ou preparo na área de família, ou, ainda, por estar acometido pela “síndrome da pilha” (de processos), não examina com atenção os autos antes de despachar e, por isso, deixa de exercer sua função básica, que é decidir. Outrossim, não é raro que as audiências sejam presididas por magistrados com o relógio na mão, alheios às necessidades dos jurisdicionados, mecanicamente despachando processos desinteressados em mediar conflitos que poderiam gerar conciliações que assegurassem a estabilidade das famílias.³²

O Poder Judiciário é o último porto de ajuda ao cidadão que vivencia a angustia de um conflito. E, é “na Justiça, deságuam as carências das áreas da saúde e social, o sofrimento do corpo, mas, principalmente, o sofrimento da alma humana, quando o litígio envolve questões ligadas ao Direito de Família”³³. Ergue-se aqui, a figura do juiz de família, mais do que mero prolator de sentenças, mas um verdadeiro serenador de almas.

Daí a importância do auxílio do conhecimento multidisciplinar, pois somente mediante a colmatação de conhecimentos das diversas ciências humanas é que o juiz poderá melhor compreender o conflito, suas origens e causas, para afastando-se da sentença que sempre corta a própria carne, encontrar outro caminho para diluir os conflitos, conforme milenar lição dos chineses.

³¹ Ob. cit. p. 107.

³² Ob. cit. p. 108.

³³ Ob. cit. p. 100.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que “sem dúvida [...] a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade”, de modo que, por assim ser, é “impossível compreendê-la senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas”³⁴.

E acrescentam:

Destaca Elisabete Dória Bilac a premente necessidade de uma “abordagem da família que dê conta da complexidade desse objeto, em nossos dias”, a partir exatamente de “uma construção interdisciplinar”, pois se trata da melhor maneira de vencer a encruzilhada a que chegaram os estudos sobre a matéria, dada a complexidade natural do tema. É que o fenômeno familiar “não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas”, que atingem cada uma das partes nela inseridas de modo diferenciado, necessitando, via de consequência, de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global. Do contrário, é possível que se enxergue menos do que a ponta do *iceberg*. Sobreleva, assim, perceber que as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem. Induvidosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, da biotecnologia e a bioética) e, ainda, da ciência do direito.³⁵

Em obra ainda não publicada intitulada *Direito das Famílias por elas, mulheres juristas brasileiras*, destaca Maria Regina Fay de Azambuja:

³⁴ Ob. cit. p. 2 - 3.

³⁵ Ob. cit. p. 3.

[...] a interdisciplinaridade “parece consistir num movimento processual na efetivação de experiências específicas e que surgem da necessidade e da contingência do próprio estatuto do conhecimento”. A colaboração interdisciplinar se faz necessária em face da “rigidez, da artificialidade e da falsa autonomia das disciplinas, as quais não permitem acompanhar as mudanças no processo pedagógico e a produção de conhecimentos novos”. Propostas desta natureza pressupõem o “abandono de posições acadêmicas prepotentes, unidirecionais e não rigorosas, que fatalmente são restritivas, primitivas e tacanhas, impeditivas de aberturas novas, camisas de força que acabam por restringir alguns olhares, tachando-os de menores”. Como bem assinala Iamamoto, “é necessário desmistificar a ideia de que uma equipe, ao desenvolver ações coordenadas, cria uma identidade entre seus participantes que leva à diluição de suas particularidades profissionais. São as diferenças de especializações que permitem atribuir unidade à equipe, enriquecendo-a e, ao mesmo tempo, preservando aquelas diferenças”. Desta forma, cabe ressaltar que o trabalho interdisciplinar “consiste num esforço de busca da visão global da realidade, como superação das impressões estáticas e do hábito de pensar fragmentador e simplificador da realidade”. É uma atividade que possibilita um enfoque globalizador frente a uma realidade complexa. Para Japiassu, “interdisciplinaridade corresponde a uma evolução dos tempos atuais, resultante de um caminho irreversível, vindo preencher os vazios deixados pelo saber proveniente das áreas de especialidade do conhecimento, [e] constitui importante instrumento de reorganização do meio científico, a partir da construção de um saber que toma por empréstimo os saberes de outras disciplinas, integrando-os num conhecimento de um nível hierarquicamente superior, desencadeando uma transformação institucional mais adequada ao bem da sociedade e do homem.³⁶

Em verdade, a exigência do conhecimento multidisciplinar decorre da noção do novo conceito de família, da compreensão de sua

³⁶ AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *Direito das Famílias por elas, mulheres juristas brasileiras. A interdisciplinaridade e o conteúdo dos laudos: instrumentos para a garantia da proteção da criança vítima de violência sexual*. Obra ainda não publicada.

finalidade, sua natureza, etc., pois não se pode julgar, com um mínimo de segurança, aquilo que pouco se conhece; de igual modo, não se pode julgar a contento quando, pela rapidez e desconhecimento dos fatos, não se consegue acompanhar as modificações sociais.

É cediço que, “no âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte”³⁷. No entanto, vale considerar:

[...] além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico filosófico[...], também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.³⁸

Enfatiza Rodrigo da Cunha Pereira:

Uma coisa é certa: o Direito, a partir da influência da Psicanálise, não pode mais deixar de considerar a família como uma estruturação psíquica, para apreender mais profundamente as relações que pretende legislar e ordenar. Caso contrário, o Direito de Família continuará sem encontrar a melhor adequação à realidade. É exatamente por compreender-se a família como estruturação psíquica e, portanto, como núcleo formador do sujeito, *locus* do amor e da afetividade, irradiador de direitos e deveres, norteados pelo princípio da responsabilidade e solidariedade, que as novas estruturas parentais e conjugais passaram a ter um lugar em nosso ordenamento jurídico.³⁹

³⁷ CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. Ob. cit. p. 2.

³⁸ Ob. cit. id.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica*. 4. ed. ver. e at. Forense. Rio de Janeiro : 2012. p. 151.

Com efeito, além de melhor compreender as relações humanas, que deságuam e se manifestam no Poder Judiciário, por meio de autos processuais frios e inodoros, o juiz de família precisa contar com um aparato mínimo que lhe permita a condução diferenciada das questões familiares. Além da criatividade do juiz, muito presente nos dias atuais, exige-se a evolução do processo e dos procedimentos atinentes aos litígios familiares, devendo-se permitir a atuação multidisciplinar e prestigiar um modelo mais moderno de solução desses conflitos.

3 - A IMPERIOSA NECESSIDADE DE MODERNIZAÇÃO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS NOS LITÍGIOS FAMILIARES

A contínua evolução vivenciada pelo Direito de Família no Brasil tem sido tão rápida que não está acompanhada por igual da modernização dos processos e dos procedimentos destinados à solução de litígios familiares.

É bem verdade que há pontuais alterações legislativas que dão luz à concretização da efetividade do processo, mas, no estágio avançado em que se encontra a sociedade hodierna, influenciada especialmente por soluções tecnológicas cada vez mais surpreendentes, pode-se dizer que o processo, enquanto instrumento de realização da justiça ainda carece de velocidade compatível com a ocorrência dos fatos sociais.

Um exemplo é a Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que possibilita “a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa”, ou seja, mediante lavratura de escritura pública em cartórios extrajudiciais, sem exigência de qualquer chancela ou convalidação judicial.

Em 13 de julho de 2010, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 66, que permite a dissolução do casamento civil pelo divórcio sem a necessidade de “prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano” ou de comprovação “da separação de fato por mais de 2 (dois) anos”, conforme exigia o texto anterior do § 6º do art. 226 da Constituição Federal.

Essas alterações – que inegavelmente decorrem da tônica menos intervencionista do Estado nas relações familiares – importaram em significativo impacto prático, uma vez que evitam ou pelo menos simplificam procedimentos de cunho jurisdicional voltados à solução de demandas de família.

A propósito, cite-se a antiga Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), a qual estabelece um rito especial e realmente célere para o trâmite da ação de alimentos. Esse procedimento especial tem sido aplicado, por alguns juízes a todos os demais processos que versem sobre litígio de família. A ampliação do rol de ações submetidas ao rito do art. 13 da Lei n. 5478/68 é por causa da concentração de atos de defesa, instrutórios e decisórios em audiência – o que permite maior e constante contato do juiz com as partes, bem como a simplificação de atos processuais de comunicação, entre outros benefícios.

Como se pode constatar nem o Legislativo, nem o Judiciário estão alheios à modernização pela qual passa as novas famílias. Todavia, não se pode deixar de registrar que no âmbito do Poder Legislativo há uma significativa carência de regulação de situações fáticas de natureza inovadora ocorrendo no âmbito das famílias, as quais, cobram urgência para o seu reconhecimento, como também no que concerne a modernização dos instrumentos processuais capazes de entregar a solução em tempo razoável, mas principalmente auxiliar na busca de soluções justas e pousadas na realidade das partes em conflito.

É inegável, entretanto, que, atualmente, ainda se espera “pelo Judiciário para que diga quem tem direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda”⁴⁰. Como enfatiza Paulino da Rosa, essa forma arcaica de lidar com os conflitos de família “cria ‘muros normativos’, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático”⁴¹.

⁴⁰ ROSA, Conrado Paulino da. Ob. cit. p. 54-55.

⁴¹ Ob. cit. p. 55.

Em síntese, afirma que, “unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o ‘solucione’”⁴². E esse terceiro tem sido o juiz de família, que, sem um assessoria multidisciplinar, com muito esforço e dedicação, tem processado e julgado as ações de família, obedecendo um rito absolutamente incompatível com as exigências sociais.

Bem sintetiza o ponto o jurista citado:

Hoje, os juízes decidem conflitos sem relacionar-se com os rostos. Contudo, a democracia exige olhar e valorizar as diferenças, comprometer-se com cidadãos históricos (Pedros, Paulos, Marias) e não apenas com sujeitos processuais (réu, autores, eleitores, contratantes, etc.) e humanizar a aplicação do direito e dos próprios conflitos sociais.⁴³

Diante desse panorama, destaca:

O grande desafio é humanizar o Direito/Jurisdição para poder compreender os conflitos sociais também em sua dimensão humana, e não apenas jurídica, o que permitirá reconhecer nas novas formas de litigiosidade a revelação das próprias formas de humanidade, que se reproduzem e se inovam, também, pelos conflitos sociais.⁴⁴

Nessa perspectiva, o processo precisa evoluir para permitir a integração interdisciplinar – cuja importância acima se frisou –, de modo a torná-lo um instrumento pelo qual o juiz não se substitua em absoluto às partes para, investido de jurisdição, dizer qual é a melhor solução.

Todavia, faz importante ressalva:

Os mecanismos para obtenção da autocomposição são alternativos à lógica tradicional de uma justiça impositiva exercida pelo Estado-

⁴² Ob. cit. p. 54.

⁴³ Ob cit. p. 62-63.

⁴⁴ Ob. cit. p. 77.

Juiz, sendo, portanto, objeto do direito processual. Porém, as técnicas utilizadas nos diversos mecanismos são elaboradas por ciências diversas, voltadas para o conhecimento das emoções, da persuasão e do relacionamento humano e empresarial, entre outros.⁴⁵

Nesse contexto, métodos alternativos ou adequados para a solução de conflitos têm sido invocados como mais eficazes para as demandas de família, os quais poderiam facilmente ser integrados aos procedimentos existentes. A mediação, dentre os métodos existentes, tende a ser o mais adequado para a solução de conflitos de família.

Pontua Paulino da Rosa:

O campo fértil da mediação encontra-se nos conflitos em que predominam questões emocionais, oriundas de relacionamentos interpessoais intensos e, em geral, de longa duração. Cada caso é único porque as pessoas são singulares. As soluções tornam-se particulares aos casos específicos porque a metodologia da mediação possibilita a plena investigação dessas peculiaridades e sua consideração na formulação de opções.⁴⁶

Pela técnica processual hoje utilizada para decidir as demandas familiares, “a sentença age tão somente em relação ao conflito aparente [...], não existindo uma efetiva pacificação para aquele conflito, uma vez que a verdadeira motivação daquele procedimento judicial continua oculta, sem que os operadores do processo judicializado consigam identificar”⁴⁷.

Na mediação, é possível a identificação da causa real do conflito, permitindo-se, assim, a busca de uma solução adequada. Ocorre que “o processo de mediação familiar requer do mediador conhecimento de relações interpessoais, habilidade no manejo do conflito além de conhecimento básico do próprio Direito de Família”⁴⁸.

⁴⁵ Ob. cit. p. 128.

⁴⁶ Ob. cit. p. 147.

⁴⁷ Ob. cit. p. 132.

⁴⁸ Ob. cit. p. 168.

Conforme explica Paulino da Rosa, “isso se consegue com o trabalho interpessoal/interdisciplinar, em geral, de profissionais do Serviço Social, da Psicologia e do Direito”⁴⁹.

Em conclusão não haverá irradiação completa dos princípios e valores constitucionais atinentes a relações humanas se não implementadas todas as reformas legislativas modernizadoras tanto do processo e de seus procedimentos, quanto do reconhecimento e proteção legal dos fatos sociais que envolvem as famílias.

4 - A IMPERATIVA ADOÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ALÉM DA LEI ORDINÁRIA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E DE INTERESSES DE FAMÍLIA

A par da complexidade apontada, não se deve descuidar o fato de que o sistema atual, na forma como posto, especialmente sob a influência dos valores consagrados pela Constituição, permite ao juiz – não sem esforço e comprometimento – humanizar a solução dos conflitos de família.

O Direito é feito para o Homem e não o Homem para o Direito. As regras jurídicas têm que ser pensadas e aplicadas em função das pessoas que nascem, crescem e morrem à procura da felicidade e da paz.

Gustavo Tepedino lembra que “os princípios constitucionais explícitos ou implícitos não são supletivos. São inícios, ponto de partida, fundamentos que informam e conformam a lei”⁵⁰. Por isso, a utilização dos princípios e valores constitucionais tanto para a solução do conflito quanto para eventuais adequações procedimentais é plenamente possível e até aconselhável e como tal, “significa [...] impor a compreensão das normas e dos institutos de Direito das Famílias – e do Direito Privado como um todo – a partir de uma *filtragem constitucional*, reconhecendo a superioridade da norma básica do Estado”⁵¹.

⁴⁹ Ob. cit. p. 168.

⁵⁰ Ob. cit. p. 22.

⁵¹ CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. Ob. cit. p. 41.

5 - CONCLUSÃO

Com essa reflexão, procura-se demonstrar que é possível, com fundamento na dignidade da pessoa humana, na solidariedade e todos os demais valores sociais postos na Constituição Federal solucionar com olhar mais humanizado e amoroso os conflitos familiares, mesmo diante da ausência de lei que regule o direito subjetivo e processo e procedimento obsoletos.

O empenho do Poder Judiciário está evidenciado com o atendimento de direitos ainda não individualizados por lei, aliás, assumindo muitas vezes posição de vanguarda, sempre fundamentado nos princípios humanizadores consagrados pela Constituição.

É oportuno para encerrar essa reflexão lembrar a frase emblemática lançada sob a estátua da Deusa da Justiça, localizada na praça da Biblioteca de Direito Beeson e Robinson Hall, na Universidade de Samford, no Alabama que é sussurrada pelo Anjo da Misericórdia no ouvido da Deusa: “Buscai sabedoria para temperar a justiça com compaixão.”⁵². Vale reparar que, na referida estátua, o anjo esta posicionado ao lado direito da Deusa da Justiça, fazendo referência ao lado que ela empunha a sua espada, como se sugerisse que o instrumento deve ser usado sempre temperado com compaixão!

BIBLIOGRAFIA

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *A interdisciplinaridade e o conteúdo dos laudos: instrumentos para a garantia da proteção da criança vítima de violência sexual*. (Obra ainda não publicada.)

BARBOSA, Águida Arruda. *Direito de Família e Ciência Humanas. Caderno de Estudos n. 1*. Jurídica Brasileira. São Paulo : 1998.

CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3ª ed. ver. amp e at. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro : 2011.

⁵² Fonte: <http://www.flickr.com/photos/bhamjay/1269249371>; acesso em 12 de outubro de 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 15^a ed. rev. amp. e at. Saraiva. São Paulo : 2011.

LOBO, Paulo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas. São Paulo : 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4^a ed. rev. at. e amp. Forense. Rio de Janeiro : 2011.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica*. 4^a ed. ver. e at. Forense. Rio de Janeiro : 2012.

ROSA, Conrado Paulino. *Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar*. Del Rey. Belo Horizonte : 2012.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. 2^a ed. ver. e at. Del Rey. Belo Horizonte : 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Malheiros. São Paulo : 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Atlas. São Paulo : 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF*. Malheiros. São Paulo : 2006.

