



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 13 – Número 1 – jan./dez. 2018



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 13 – Número 1 – jan./dez. 2018

Publicação do Curso de Direito com objetivo de divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

FUNDAÇÃO PADRE ALBINO

Conselho de Administração

Presidente: Antonio Hércules

Diretoria Administrativa

Presidente: José Carlos Rodrigues Amarante

Centro Universitário Padre Albino

Reitor: Nelson Jimenes

Pró-Reitor Acadêmico e Pró-Reitor de Graduação: Antonio Carlos de Araujo

Coordenador do Curso de Direito: Luis Antonio Rossi

DIREITO E SOCIEDADE.

Editor chefe: Ana Paula Polacchini de Oliveira

Conselho Editorial

Alfredo José dos Santos – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Ana Paula Polacchini de Oliveira – Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Cristiane Mizziara Mussi - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ)

Donizett Pereira - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Elisabette Maniglia - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Lucas de Abreu Barros - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Marcelo Truzzi Otero - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Marcos Simão Figueiras - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Plínio Antônio Britto Gentil - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Silvia Ibiraci de Souza Leite - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Revisora de texto: Luciana Bernardo Miotto

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

Editoração de Revistas

Marisa Centurion Stuchi (Analista Técnico)

Os textos publicados neste periódico são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Pede-se permuta.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito. -. - Vol. 13, n. 1 (jan./dez. 2018) - . - Catanduva: Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Anual.
ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Centro Universitário Padre Albino. Curso de Direito.
CDD 340

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310 - Catanduva-SP, Brasil.

Tel.: (17) 3522-2405. E-mail: ana_polacchini@yahoo.com.br.

Impressão deste periódico: Ramon Nobalbos - Gráfica e Editora

Data da impressão: dezembro/2018.

Sumário

Apresentação

Os Editores 7

Artigos

A cidadania como finalidade superior da educação

Ivana Mussi Gabriel, Bianca Guilherme de Oliveira, Alison Bruno Matheus, Geise Cabral Belini, Isabela Zatti Perin, Luis Augusto Guareis dos Santos 9

O direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: diálogos entre direito positivo, história, cinema e literatura

Ana Paula Polacchini de Oliveira, Drielly Rigoti Yamada, Brenda Credencio Silva, Isabela Zatti Perin, Maria Carolina Rascassi, Poliana Rosa Santos, Raissa Goulart 27

A parentalidade no direito homoafetivo brasileiro

Márcia Maria Menin, Gabriela Castillieri, Guilherme Bartholomeu, Isabela Zatti Perin, Luis Augusto Guareis dos Santos 41

Repercussões práticas das novas famílias na pós-modernidade

Márcia Maria Menin, Álvaro José Haddad de Souza, Guilherme Luiz Ribeiro, Lara Souza Doti, Luisi Aguiar, Marici Fonseca Pires, Thales Henrique dos Santos, Yuri Martins 52

A utilização da constelação familiar sistêmica nas demandas familiares como método alternativo de resolução de conflitos

Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguin, Camila Lemos Puydinger, Caroline Cicotti Augusto, Marília Espelho Souza Spada 72

A atuação do advogado na mediação extrajudicial como ferramenta para satisfação dos direitos materiais

Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Andreia Aparecida dos Santos, Asheley Shirley da Silva, Bárbara Soares Gius, Daialy Bordini da Silva, Dalton Wilson Dias 85

As audiências de mediação e conciliação como ferramentas para efetivação do princípio da afetividade

Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguin, Carina Alamino Trida, Gabriel Vitor Domingues, Marcus Vinicius dos Santos Novaes. 96

O jogo do processo e os meios alternativos de solução de conflitos Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguin, Caroline da Silva Jacob, Guilherme Luiz Ribeiro, Júlia Campos de Oliveira, Mariana da Silva Jacob, Yuri Martins	111
A Justiça do Trabalho e os métodos alternativos para solução dos conflitos: uma análise da possibilidade de aplicação da mediação Leila Renata Ramires Masteguin, Ana Lídia Cunha Araújo, Wilson de Araújo de Oliveira Junior	127
Responsabilidade civil no direito do trabalho após a Lei nº. 13.467/2017 Evandro de Oliveira Tinti	146
Chamadas por trabalhos.....	157
Normas para publicação	157

Apresentação

Partilha-se aqui o décimo terceiro volume da revista “DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares”. Trata-se de um periódico que interage com a comunidade, divulga a produção científica e humanista dos pesquisadores envolvidos e reforça um desenho e um comportamento institucional que valoriza a autonomia, a reflexão e a transformação social.

Esse volume é divulgado em um ano especial, seja por conta dos cem anos da chegada de Padre Albino à Catanduva, seja em razão da transformação das Faculdades Integradas em Centro Universitário Padre Albino, agora UNIFIPA. Trata-se do resultado dos esforços, dedicação e competência permanente dos envolvidos em dar continuidade ao legado de Padre Albino.

A publicação da Revista “Direito e Sociedade”, lançada em 2006, acompanha os desafios lançados por Padre Albino e a história de desenvolvimento da UNIFIPA e do curso de Direito: mantém e reforça o compromisso permanente de viabilizar uma formação acadêmica de qualidade e de contribuir para o desenvolvimento local e regional.

O pensamento crítico interdisciplinar com caráter científico é pilar do curso de Direito da UNIFIPA que tem como linhas de pesquisa os direitos fundamentais e a história do Direito. Essas dimensões se manifestam nos trabalhos apresentados.

O artigo “A cidadania como finalidade superior da educação” abre esse volume. O texto é resultado de grupo de pesquisa coordenado pela professora Ivana Mussi Gabriel e conta, ainda, com a autoria de Bianca Guilherme de Oliveira e dos discentes Elison Bruno Matheus, Geise Cabral Belini, Isabela Zatti Perin e Luis Augusto Guareis dos Santos. O texto analisa a gestão democrática da educação, que constitui uma nova forma de organização da gestão escolar, pautada na integração entre escola e sociedade, para o fim último de formar cidadãos mais conscientes, críticos e participativos.

“O direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: diálogos entre direito positivo, história, cinema e literatura” é o segundo artigo desse volume. O texto resulta do trabalho do grupo de pesquisa coordenado pela professora Ana Paula Polacchini de Oliveira. A docente e as pesquisadoras Brenda Credencio Silva, Isabela Zatti Perin, Maria Carolina Rascassi, Poliana Rosa dos Santos, Raíssa Goulart e Drielly Rigoti Yamada analisam material literário e cinematográfico, para propor uma reflexão interdisciplinar do direito da infância e juventude ao longo da história.

O terceiro e o quarto artigos da revista resultam de pesquisas coordenadas pela professora Márcia Maria Menin. Em “A parentalidade no direito homoafetivo brasileiro”, a docente, em conjunto com os discentes Gabriela Castillieri, Guilherme Bartholomeu, Isabela Zatti Perin e Luis Augusto Guareis dos Santos, abordam as diversas transformações ocorridas no âmbito das instituições familiares e no conceito de família ao tratar da adoção e da reprodução assistida como

manifestações da homoparentalidade.

Em “repercussões práticas das novas famílias na pós-modernidade”, Márcia Maria Menin, Álvaro José Haddad de Souza, Guilherme Luiz Ribeiro, Lara Souza Doti, Luisi Aguiar, Marici Fonseca Pires, Thales Henrique dos Santos e Yuri Martins analisam as repercussões práticas das novas entidades familiares reconhecidas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela atividade jurisdicional.

A revista ainda aborda a implementação do Novo Código de Processo Civil como resultado do trabalho do grupo de pesquisa coordenado pelo professor Alexandre Fontana Berto, com a colaboração de Álvaro José Haddad de Souza e Leila Renata Ramires Masteguín. O grupo procurou debater as inovações do NCPC e os meios alternativos de resolução de conflitos. Desse processo resultam quatro artigos: “A utilização da constelação familiar sistêmica nas demandas familiares como método alternativo de resolução de conflitos”, “A atuação do advogado na mediação extrajudicial como ferramenta para satisfação dos direitos materiais”, “As audiências de mediação e conciliação como ferramentas para efetivação do princípio da afetividade” e “O jogo do processo e os meios alternativos de solução de conflitos”.

O primeiro deles é de autoria de Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguín, Camila Lemos Puydinger, Caroline Cicotti Augusto e Marília Espelho de Souza Spada e analisa a cultura da solução consensual do conflito e a abertura para utilização de métodos alternativos, a partir da utilização da constelação familiar sistêmica. O artigo seguinte é de autoria de Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Andreia Aparecida dos Santos, Asheley Shirley da Silva, Bárbara Soares Gius, Daialy Bordini da Silva e Dalton Wilson Dias. O texto aborda a atuação do advogado na mediação extrajudicial com vista à observância da real pretensão das partes envolvidas.

O terceiro texto analisa as técnicas processuais que visam a autocomposição do litígio ante o princípio da afetividade. O artigo é de autoria de Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguín, Carina Alaminio Trida, Gabriel Vítor Domingues e Marcus Vinícius dos Santos Novaes. No artigo seguinte, o professor Alexandre Fontana Berto debate o acesso à justiça e analisa o processo judicial e a mediação nele conduzida a partir do novo Código de Processo Civil.

Ainda diante das mudanças legislativas mais recentes, os artigos finais tratam da reforma trabalhista. O nono artigo da revista é intitulado “A Justiça do Trabalho e os métodos alternativos para solução dos conflitos: uma análise da possibilidade de aplicação da mediação”. De autoria de Leila Renata Ramires Masteguín, Ana Lídia Cunha Araújo, Wilson de Araújo de Oliveira Junior, o texto analisa e distingue os institutos da conciliação e da mediação e os discute no âmbito da Justiça do Trabalho sob a perspectiva do acesso à justiça. Em “Responsabilidade civil no direito do trabalho após a Lei nº. 13.467/2017, Evandro de Oliveira Tinti discute tema bastante atual. O trabalho aborda o tema responsabilidade civil no direito do trabalho, a partir de uma análise crítica das inovações legislativas introduzidas pela reforma trabalhista.

Importa destacar que a versatilidade e atualidade dos temas propostos e o cuidado no tratamento da legislação, de suas atualizações e mudanças, e da jurisprudência e doutrina são visíveis nos artigos produzidos e lançados à leitura, debate e reflexão da comunidade acadêmica. Boa leitura!

Os Editores

A cidadania como finalidade superior da educação

IVANA MUSSI GABRIEL

Mestre. Advogada. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

BIANCA GUILHERME DE OLIVEIRA

ELISON BRUNO MATHEUS

GEISE CABRAL BELINI

ISABELA ZATTI PERIN

LUIS AUGUSTO GUAREIS DOS SANTOS

Graduandos do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: Consabido que o desenvolvimento pleno de um país depende do investimento que se faz em educação. Com previsão nas Constituições anteriores, é na Constituição Cidadã de 1988 que a educação se consagra como dever do Estado e direito de todos, com o fim de desenvolver a pessoa, qualificá-la para o trabalho e, sobretudo, prepará-la para o exercício da cidadania. A educação intervém na dinâmica da vida do homem social e ajuda na construção da cidadania, na medida em que traz à tona a conscientização de direitos e dos deveres. O homem com conhecimento, que pratica a cidadania, assume, definitivamente, uma postura mais racional perante o Estado. Daí a necessidade de, diante de falhas de políticas públicas na área da educação, tornar efetiva a gestão democrática da educação, que constitui uma nova forma de organização da gestão escolar, pautada na integração entre escola e sociedade, para o fim último de formar cidadãos mais conscientes, críticos e participativos, como deve ser.

Palavras-chave: Educação. Cidadania. Gestão democrática da educação.

Abstract: It is understood that the full development of a country depends on the investment made in education. Pursuant to previous Constitutions, it is in the Citizen Constitution of 1988 that education is enshrined as a duty of the State and the right of all, in order to develop the person, to qualify it for work and, above all, to prepare it for the exercise of citizenship. Education intervenes in the dynamics of the life of the social man and helps in the construction of citizenship, insofar as it brings to the fore the awareness of rights and duties. The man with knowledge, who practices citizenship, definitely assumes a more rational attitude towards the State. Hence the need, in the face of public policy failures in the area of education, to make democratic management of education effective, which is a new way of organizing school management, based on the integration between school and society, for the ultimate purpose of training citizens more aware, critical and participatory, as it should be.

Keywords: Education. Citizenship. Democratic management of education.

Introdução

No século passado, Anísio Teixeira, idealizador das grandes mudanças que marcaram a educação brasileira, já dizia: “Só existirá democracia no Brasil, no dia em que se montar uma máquina que prepara as democracias. E essa máquina chama-se: escola”.

A preocupação do passado é a mesma do presente. Em pleno século XXI, de inúmeros escândalos de corrupção no setor público, é preciso lutar, cada vez mais, pela escola, pelo direito à educação, porque o desenvolvimento pleno de um país depende do investimento que se faz em conhecimento.

É preciso conectar, desde cedo, as pessoas com os seus direitos, em especial, com o da educação. É que o direito à educação define claramente a cidadania do povo, uma vez que o acesso aos bens educacionais passa a constituir critério importante para se apreciar o grau de cidadania social.

No Brasil, é possível verificar este direito inerente na Constituição Federal de 1988,

embora tenha figurado nas Constituições de 1934 e 1946. Contudo, só a partir do texto constitucional de 1988 se consagra a possibilidade de exigir do Estado o cumprimento do seu dever para com a educação fundamental obrigatória, conforme reza o artigo 205, *in verbis*:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O presente trabalho acredita na Educação como processo pedagógico de transmissão de conhecimento, que visa desenvolver a pessoa, preparar para o exercício da cidadania e para a qualificação ao trabalho. O fim da educação é, portanto, a pessoa, o trabalho e, sobretudo, a cidadania.

Conceito de educação e sua previsão nas constituições brasileiras

O termo educação, em uma dimensão comum, significa aperfeiçoamento das faculdades físicas, intelectuais e morais do ser humano. Civilidade. Para Durkheim¹, “é ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram preparadas para vida social; tem por objetivo suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela sociedade política”.

A racionalidade, expressão da ação consciente do homem sobre as coisas e sobre si, qualidade intrínseca da pessoa humana é, na expressão, de Carlos Roberto Jamil Cury², a marca registrada do homem, que não se cristaliza no tempo, pois implica na produção de novos espaços de conhecimentos. Daí a necessidade do Estado garantir, pela educação, essas “dimensões estruturais coexistentes na própria consistência do ser humano”, que humaniza e dignifica.

A educação constitui direito fundamental social, incluída no rol do art. 6º e consagrada no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento de uma pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O direito à educação sempre esteve presente nas constituições brasileiras.

Dentre o rol de direitos e prerrogativas individuais enunciadas na primeira constituição brasileira, outorgada em 1824, encontra-se o direito à educação primária gratuita a todos os cidadãos, em que foi disciplinada pelo art.179, XXXII e XXXIII.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos. XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

¹DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. São Paulo: Melhoramentos, 1978. p. 41.

²CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: VEIGA, Cynthia Greive (Org.). *Carlos Roberto Jamil Cury: intelectual e educador*. Belo Horizonte, MG: Autêntica Editora, 2010. p. 103-118.

No ensino fundamental e médio deste período, destacou-se a criação de escolas de primeiras letras, escola de meninas, a descentralização do ensino de primeiro e segundo graus em 1827, levada a termo em 1834.

Já o curso superior era acessível somente aos membros da nobreza e da burguesia. Houve a criação de cursos jurídicos em 1827, nas cidades de São Paulo e Recife, posteriormente, transformando-se em faculdades no ano de 1854.

Pode-se dizer que havia, neste período, uma descentralização sem benefícios para o desenvolvimento do país, uma vez que se privilegiou o ensino superior em razão de criação de políticas públicas que zelassem pelo ensino fundamental público e gratuito.

A Constituição de 1891, promulgada em fevereiro, preocupou-se em discriminar a competência legislativa da União e dos Estados em matéria educacional nos arts. 35 e 72. Coube à União legislar sobre o ensino superior enquanto aos Estados, legislar sobre ensino secundário e primário, embora ambos pudessem criar e manter instituições de ensino superior e secundário. E determinou a separação entre Estado e Igreja do ensino nos estabelecimentos públicos, a saber:

Art 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal;

2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais;

3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados;

4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal.

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

Neste período, com a ocorrência do golpe de 1930 e a posse do governo provisório, criou-se o Ministério da Educação e Saúde Pública, o Conselho Nacional de Educação, a regulamentação do ensino superior, bem como do ensino secundário e do ensino comercial.

Sua importância é significativa para educação, explicitando alguns temas que estarão presentes ao longo da história.

Com a Revolução de 1930, a educação ganha um espaço muito importante, pois, pela primeira vez, a responsabilidade de traçar as diretrizes da educação fica sob a competência privativa da União. Surge, ainda, um capítulo destinado à educação, Capítulo II do Título V, onde a educação se torna direito de todos e obrigação dos poderes públicos.

Importante destacar que, com a chegada da Constituição de 1934, foram aprovados aspectos significativos sobre a aplicação dos recursos públicos, onde se constou a obrigação do Estado em aplicá-los.

Nesta Constituição, o Conselho Nacional de Educação, criado em 1931, tomou um rumo diferente, surgindo como um órgão executivo e técnico do Ministério da Educação, onde exercia a função que até então era exercida pela União, sendo esta função a de coordenar a obra educacional.

O ato adicional de 1934 foi uma medida que alterou a Constituição de 1824, tendo como objetivo uma tentativa de conter os conflitos entre liberais e conservadores pelo poder político.

A descentralização educacional, consagrada pelo Ato, não foi recebida sem críticas. Muitos questionaram o porquê da exclusão do poder central. Assim, percebe-se que esta não se restringe apenas na descentralização de competências, mas também em fazer com que estas divisões ficassem com os menores impostos. Com o passar do tempo, tendo como consequência da descentralização, o ensino primário veio a se tornar competência dos Estados e o secundário e superior competência entre a União e os Estados.

A Constituição do Estado Novo outorgada de 1937, disciplinou a matéria nos arts. 15, IX, 16 XXIV, 124 a 134. Fora estabelecida a competência privativa da União para fixar as diretrizes, as bases e os quadros da educação nacional e a formação física, intelectual e moral de crianças e jovens.

Essa Constituição, também denominada de Polaca, restringiu a liberdade de pensamentos, retirou a vinculação de impostos para o financiamento da educação, colocou o Estado como subsidiário da família e do segmento privado na oferta da educação escolar. Nas escolas públicas, os mais ricos deveriam assistir os mais pobres com uma contribuição módica e mensal para a caixa de censura, restrições de várias ordens, insistência em organizações de jovens sob a figura do adestramento físico e disciplina moral nos campos e nas oficinas, (art. 132), imposição do patriotismo e destinação do ensino profissional às classes menos favorecidas (art. 129).

Foi nessa época ditatorial que se publicou a maior parte das denominadas “Leis Orgânicas do Ensino”.

O direito à educação foi baseado nos arts. 5º, XV, alínea “d” e 166 a 175. A competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional manteve-se para a União e, aos Estados, legislar em caráter complementar. Determinou os princípios a serem respeitados pela legislação, entre outros, o ensino primário obrigatório e em língua nacional, para aqueles que provassem insuficiência de recursos, estudo oficial ulterior, tal como a manutenção de ensino primário pelas empresas industriais, comerciais e agrícolas com mais de cem trabalhadores; para o ensino secundário oficial exigência de concurso de provas e títulos para as cátedras, bem como do superior, oficial ou livre. Além do mais, foi garantida a liberdade de cátedra e a vitaliciedade aos professores admitidos mediante concurso.

Por meio do art. 169, ficou estabelecido que, quanto ao financiamento e manutenção do ensino, a União deveria aplicar pelo menos 10% e os Estados, Distrito Federal e Municípios, 20% da renda resultante da arrecadação relativa aos impostos nessa atividade. Por fim, dividiu o sistema de ensino em dois: Federal e dos Territórios, nos termos do art. 170 sob a responsabilidade da União, e por meio do art. 172 os Estados e o Distrito Federal deveriam possuir serviços de assistência educacional para o atendimento a clientela carente.

Também, por meio dessa Constituição, foi promulgada a Lei de Direitos e Bases da Educação Nacional (Lei n. 4.024/61), que aumentou a vinculação de receitas e determinou metas quantitativas e qualitativas para educação, por meio do Plano Nacional de Educação. Em outras palavras, cada nível de ensino contaria agora com um Fundo e a elaboração ficaria a cargo do Conselho Federal de Educação.

O texto da Constituição de 1946, por sua vez, foi aprovado e promulgado em 18 de setembro de 1946. Essa Constituição retoma, em boa parte, os princípios da Constituição Federal de 1934, como já mencionado acima, a vinculação de impostos para o financiamento da educação, a distinção entre a rede pública e a privada, a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino primário. Devolve em termos federativos a autonomia dos Estados na organização dos sistemas de ensino.

A Constituição de 1946 foi bastante emendada após o golpe de 1964, ora para instaurar um novo sistema tributário que tem tudo a ver com impostos e destes com a vinculação de verbas para a educação, ora para incrementar o centralismo econômico e político da União. Na vigência desta Constituição, foram criados os Atos Institucionais que suspenderam as garantias constitucionais vigentes.

De acordo com Carlos Roberto Jamil Cury,

No capítulo dos direitos e garantias, fica claro que a noção da ordem se sobrepõe à da liberdade e da justiça. No capítulo da educação, a manutenção geral dos princípios advindos na Constituição de 1946 fica não só condicionada ao espírito da época, mas também contempla alterações significativas: o ensino primário, gratuito e obrigatório nos estabelecimentos oficiais incorpora explicitamente a faixa etária de sete a quatorze anos. Quer dizer: houve extensão da obrigatoriedade associada à faixa etária e ao mesmo tempo caiu a vinculação de impostos para o financiamento da educação escolar. Fala-se apenas em prestação de assistência técnico-financeira da União para com os Estados. A liberdade de ensino é mantida bem como o ensino religioso de oferta obrigatória com matrícula facultativa.³

Em virtude desse quadro, o Congresso existente assume a tarefa de elaborar uma nova Constituição mais adequada ao modelo político autoritário e ao modelo econômico centralizado e concentrador de renda, o que se deu com a Constituição de 1967.

A Constituição de 1967 trouxe, em seu artigo 168, a educação como direito de todos e dada no lar ou escola. Expandiu a faixa etária do ensino obrigatório, qual seja, de 7 a 14 anos, mantendo a criança no ensino por, pelo menos, oito anos, a saber:

Art. 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

§ 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.

§ 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.

§ 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;

II - o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais;

III - o ensino oficial ulterior ao primário será, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior;

IV - o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das

³Ibid., p. 201-202.

escolas oficiais de grau primário e médio.

V - o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior será feito, sempre, mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial;

VI - é garantida a liberdade de cátedra.

Vale destacar que o ensino primário era gratuito nos estabelecimentos oficiais. Após esse período, o ensino somente seria gratuito para quem provasse insuficiência de recursos.

O ensino religioso, por sua vez, era de oferta obrigatória, porém com matrícula facultativa e havia bolsas de estudos a serem concedidas, devendo, contudo, serem ressarcidas ao Poder Público (espécie de FIES).

Quanto ao financiamento do ensino, a União somente prestava uma espécie de assistência técnico-financeira para com os estados.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 refez a Constituição de 1967. Permaneceu o sistema tributário de não vinculação das verbas para a educação e os municípios ficaram obrigados a aplicar o percentual de 20% dos impostos do ensino primário de suas redes, sob pena de intervenção.

Tal Emenda Constitucional nº 1 de 1969 reconheceu, pela primeira vez, a educação em nível constitucional, como direito de todos e dever do Estado, sendo dada no lar e na escola. Manteve o período de duração da educação obrigatória em oito anos e colocou o ensino médio e superior gratuito para quem provasse insuficiência de recursos.

Após o período ditatorial, em virtude da Constituição Cidadã que redemocratizou nosso país, a educação foi afirmada como o primeiro dos direitos sociais, como direitos civis e políticos, como direito público subjetivo, como dever de Estado e afirmada por muitos modos⁴.

A Constituição Federal de 1988 fundada na cidadania, na dignidade da pessoa humana, dentre outros, trouxe a educação em seu art. 205 que, combinada com o artigo 6º, eleva a educação como direito fundamental social.

A importância de estar no rol dos direitos sociais constitucionais é que assegura à educação a sua máxima efetividade, pois os direitos fundamentais estão sob a égide do princípio da vedação ao retrocesso. Portanto, uma vez colocada como direito fundamental, a educação não pode ser limitada de qualquer forma, tampouco limitar o seu alcance, sob pena de indevido retrocesso.

Vale, por fim, destacar que o ensino passou a ser obrigatório e gratuito em todos os níveis, inclusive para as pessoas que não tiveram sua formação com a idade adequada.

Cidadania e educação

Nos dias atuais, a humanidade vive um momento histórico marcado por grandes transformações nas áreas de sua existência, advindas principalmente das ideologias capitalistas excludentes e individualistas. A educação, por sua vez, como parte desta realidade humana, também assumiu características do novo modelo de sociedade instituída, atuando com pouco enfoque sociopolítico e inibindo a construção de relações éticas e igualitárias tão esperadas.

⁴CURY, op. cit., p. 202.

Em razão desta problemática, exige-se um redimensionamento de todas as práticas mediadoras das realidades existenciais, quais sejam, o trabalho, a sociabilidade e a cultura simbólica, esperando da educação, como mediação dessas práticas, que se torne, para enfrentar este grande desafio, investimento sistemático na construção da cidadania, tornando fundamentalmente uma educação do homem social.

A educação, como processo pedagógico sistematizado, de intervenção na dinâmica da vida social, é considerada, hoje, objeto priorizado de estudos científicos com vistas à definição da cidadania para desenvolvimento integral da sociedade. É entendida como caminho básico da vida social das comunidades sociais, não podendo se fundar apenas na operacionalidade para a eficácia funcional do sistema socioeconômico, mas antes na construção de pessoas ao longo do tempo.

Ao longo da história, o termo cidadania foi utilizado com sentidos e significados muito diferentes. Chegou até a se tornar uma palavra perigosamente consensual, por apresentar conceitos de uma sociedade de iguais, uma sociedade de direitos e de deveres, ou até mesmo uma sociedade dividida por interesses antagônicos. É preciso, assim, em primeiro plano, caracterizar este termo que perpassará por todo este capítulo.

Originária do latim, que tratava o indivíduo habitante da cidade (*civitas*), na Roma antiga indicava a situação política de uma pessoa (exceto mulheres, escravos, crianças e outros) e seus direitos em relação ao Estado Romano. Nas palavras de Dalmo Dallari:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.⁵

O histórico da cidadania está vinculado às lutas pelos direitos humanos. Ela é um referencial de conquistas, por meio daqueles que sempre buscaram direitos, liberdades, garantias individuais e coletivas, inconformados com dominações exploradoras do próprio Estado ou de outras instituições que só desejam privilégios e praticam opressões e injustiças contra uma maioria desassistida.

Segundo Aristóteles, cidadania implicava a possibilidade concreta do exercício da atividade política, isto é, ser cidadão significava poder governar e ser governado. Já Hannah Arendt complementa o entendimento aristotélico, ao conceber a cidadania como “o direito a ter direitos, considerado como primeiro direito humano fundamental, do qual todos os demais derivam-se⁶”.

Em outras palavras, a cidadania pertence exclusivamente aos direitos fundamentais da pessoa humana. Entretanto, é um direito que ainda precisa ser conquistado, pois resulta de um agir conjunto, de uma construção coletiva que se opõe à concessão ou ao privilégio. Portanto, o conceito em Arendt possui uma abrangência maior, não havendo qualquer relação com território ou nacionalidade, por ser uma qualidade do ser humano a ser conquistada. Ninguém nasce cidadão, torna-se cidadão. A cidadania não é uma qualidade natural nem apenas do indivíduo, ao contrário, é social.

⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. p. 14.

⁶ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 158.

Por sua vez, o entendimento jurídico e constitucionalista brasileiro tem, de um lado, separado a nacionalidade da cidadania, e, de outro, conferido um conteúdo muito mais político do que social, como, por exemplo, o direito de votar e ser votado. Mostra-se como uma cidadania outorgada, concedida e, desse modo, podendo ser retirada por quem concedeu, como acontece nos casos de cassações de direitos políticos como forma de penalidade. Este conceito está totalmente distante do significado de cidadania atribuído por Arendt.

Somente a partir da Constituição de 1988 é que a cidadania toma seu sentido como a consciência de direitos e deveres e exercício da democracia: direitos civis (segurança e locomoção), direitos sociais (trabalho, salário justo, saúde, educação, habitação), direitos políticos (liberdade de expressão, de voto, de participação em partidos políticos e sindicatos). Não há cidadania sem democracia.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, estabeleceu normas para assegurar a liberdade individual e a propriedade, nascendo as primeiras ideias de cidadania como conquista liberal. Hoje o conceito é mais complexo, pois, com a ampliação dos direitos, nasce uma concepção plena, que se manifesta na mobilização da sociedade para a conquista de novos direitos e na participação direta da população na gestão da vida pública por meio da discussão democrática do orçamento, por exemplo.

Ao lado dela, existem dimensões complementares que se constituem em exigências de uma cidadania plena: cidadania política (direito de participação numa comunidade política), cidadania social (que compreende a justiça como exigência ética da sociedade de bem viver), cidadania econômica (participação na gestão e nos lucros da empresa, transformação produtiva com equidade), cidadania civil (afirmação de valores cívicos como liberdade, igualdade, respeito ativo, solidariedade, diálogo), cidadania intercultural (afirmação da interculturalidade como projeto ético e político frente ao etnocentrismo).

É preciso, desta forma, entender todo este conceito de cidadania a partir de sua contextualização histórica, a fim de chegar à educação para e pela cidadania, tema que urge um movimento educacional concreto, acompanhado por uma particular corrente de pensamento pedagógico. É a necessidade de democratização da educação em termos de acesso e permanência, pela participação na gestão e escolha dos dirigentes educacionais e pela democratização do próprio Estado.

Paulo Freire, renomado educador brasileiro, bem definiu a educação pela cidadania, numa entrevista à TV Educativa do Rio de Janeiro, em 19 de março de 1997:

A escola cidadã é aquela que se assume como um centro de direitos e de deveres. O que caracteriza é a formação para a cidadania. A escola cidadã, então, é a escola que viabiliza a cidadania de quem está nela e de quem vem a ela. Ela não pode ser uma escola cidadã em si e para si. Ela é cidadã na medida mesma em que se exercita na construção da cidadania de quem usa o seu espaço. A escola cidadã é uma escola coerente com a liberdade. É coerente com o seu discurso formador, libertador. É toda escola que, brigando para ser ela mesma, luta para que os educandos-educadores também sejam eles mesmos. E como ninguém pode ser só, a escola cidadã é uma escola de comunidade, de companheirismo. É uma escola de produção comum do saber e da liberdade. É uma escola que vive a experiência tensa da democracia.

Paulo Freire ensinava uma cidadania dentro do contexto de sociedade nova, radicalmente

democrática. Tanto que em seu último livro, afirma que “o respeito à autonomia e a dignidade de cada um é um imperativo ético e não um favor que podemos ou não conceder uns aos outros”⁷⁷.

A concepção de cidadania e educação vem sendo discutida em meios acadêmicos desde a década de 1990, quando surgiram movimentos de renovação educacional e de práticas concretas de cidadania, sobretudo em municípios que realmente priorizaram em suas políticas a escola pública, oferecendo uma resposta concreta à deterioração do ensino ocorrida durante anos.

O objetivo principal de instituir nas escolas o ensino à cidadania é contribuir na criação de condições para o surgimento de uma nova sociedade, como espaço de organização para a defesa de direitos e a conquista de novos. Trata-se de formar a personalidade humana a partir da cidadania, a fim de mostrar à sociedade que é possível ter voz ativa na formulação das políticas públicas e, assim, participar da mudança do Estado democrático.

O conhecimento é o grande capital da humanidade e básico para a sobrevivência de todos. Por isso, segundo muitos educadores, não deve ser vendido ou comprado, mas disponibilizado sem qualquer distinção. Esta é a função de instituições que se dedicam ao conhecimento, apoiados na formação da cidadania. Entretanto, diante da falta de políticas públicas neste setor, a educação se transformou em comércio, tornando-se tão somente instrumento de lucro e de poder econômico.

É preciso que as escolas retomem as principais ideologias educacionais, aproveitando de toda a riqueza de informações disponibilizadas pelas novas tecnologias e aderir a elas, ao lado da formação ética, moral e cidadã. Infelizmente, a sociedade brasileira tem uma tradição de dar pouca importância à formação ética e moral, a qual deveria começar já na educação infantil. Por isso, hoje, a escola deve servir de parâmetro para indicar a necessidade do conhecimento e da prática cidadã, superando a visão utilitarista de só oferecer informações úteis para a competitividade que se busca lá fora. Deve oferecer uma formação geral na direção de uma educação integral.

A intenção do legislador constitucional foi estabelecer uma sociedade de múltiplas oportunidades de aprendizagem: parcerias entre o público e o privado (família, empresa, associações), avaliações permanentes, debate público, autonomia da escola, generalização da inovação. São obrigações conjuntas desta sociedade: ensinar a pensar, saber comunicar e pesquisar, ter raciocínio lógico, fazer sínteses e elaborações teóricas, saber organizar o seu próprio trabalho, ter disciplina, ser independente e autônomo, saber articular o conhecimento com a prática.

Contudo, cabe especialmente à escola ser um espaço de realização humana, de alegria e de contentamento cultural; selecionar e rever criticamente a informação; formular hipóteses; ser criativa e inventiva; ser provocadora de mensagens e não pura receptora; produzir, construir e reconstruir conhecimento elaborado. E seguindo a perspectiva cidadã, a escola não pode distribuir poder, mas construir e reconstruir conhecimentos, os quais, com toda certeza, são formas de poder.

Qualquer instituição de ensino é um *locus* fundamental de educação para a cidadania, não só como uma preparação de vida em sociedade, mas constituindo o primeiro degrau

⁷⁷FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*. São Paulo: Cortez, 1997. p. 66.

de caminhada para uma postura ética e moral perante os outros. Deve proporcionar a compreensão de singularidades e diferenças das pessoas, a responsabilidade pessoal e comunitária, o conhecimento rigoroso da vida e das coisas e a compreensão de culturas, de nações e do mundo.

A escola proporciona um horizonte amplo no qual a criança e o jovem inscrevem as suas vidas. Por isso é importante uma educação de responsabilidade e compromisso e, conseqüentemente, a compreensão, desde a fase educacional, do que é cidadania e seu compromisso social.

Ocorre que, na atualidade, há uma tendência de desvalorização das atividades de cidadania pelas escolas por parte dos pais e até dos meios de comunicação avançados, que idealizam conceitos totalmente contrários aos princípios básicos da pessoa humana e da solidariedade. Por isso, a consciência deve partir de todos os personagens que compõem as relações sociais, deixando que as instituições de ensino desempenhem seu papel de ensino cidadão concreto e efetivo.

O educador precisa dar exemplo, ousar construir o futuro e inovar no sentido de visão próspera e de desenvolvimento geral. A formação tem que estar voltada para a construção de cidadãos conscientes de seu papel social e de seus deveres e direitos, abrindo caminho para que possam garantir melhores condições de vida em sociedade no que tange a igualdade.

Com relação ao processo e a importância da sedimentação da cidadania como direitos humanos e da busca pelo cidadão para a sua consolidação, Darcísio Corrêa comenta:

A cidadania enquanto vivência dos direitos humanos é uma conquista da burguesia: direitos de cidadania são os direitos humanos, que passam a constituir-se em conquista da própria humanidade. A cidadania, pois, significa a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor fonte a plenitude da vida. Isso exige organização e articulação política da população voltada para a superação da exclusão existente.⁸

Portanto, só a educação consegue ser o ponto chave para o desenvolvimento reflexivo e da procura pelo desaparecimento das desigualdades sociais através das lutas dos seus integrantes, corroborando assim a formação pautada na busca pelo reconhecimento de todos como verdadeiros cidadãos.

Ser cidadão é ser sujeito de direitos, como à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade. Entretanto, cidadania também pressupõe deveres por integrar um grande e complexo organismo que é a coletividade, a nação, o Estado, para cujo bom funcionamento todos têm de dar sua parcela de contribuição responsável. Apenas assim se alcança o objetivo final, coletivo: a justiça em seu sentido mais amplo - o bem comum.

A propósito, não há como pensar em cidadania e cidadão sem verificar que tais conceitos estão intimamente ligados a questão do Estado e seu modo de governo, sendo que a educação é fonte crucial para demandar a visão do cidadão na imposição de seus direitos, como menciona Clóvis Gorzevski:

⁸CORREA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Unijui, 2000. p. 214.

Não há como conceituar cidadania sem se considerar o contexto social a que se está inserido e, com isso a mesma adquire características próprias que se diferenciam conforme o tempo, o lugar e as condições socioeconômicas de uma maneira geral, se define cidadania como a qualidade ou o direito do cidadão.⁹

O caminho trilhado evoluiu, mas demasiada é a falta de interesse por parte de uma sociedade formada por cidadãos jovens, que se tornam indiferentes à trajetória da cidadania de seu país. Nesta seara de aprendizado é que está inserida a educação e seu árduo papel debatido neste estudo. No momento em que a educação for popularizada para todos os níveis de camadas sociais, obter-se-ão várias mudanças significativas que se transformarão em um processo de novas conjunturas, com bases sedimentadas dentro de uma concepção de sociedade política, econômica, moral e, principalmente, cidadã.

Desta maneira, a conceituação de educação é um processo de transformação, em que o indivíduo deve estar intimamente vinculado a sua sociedade e saber como se relacionar, pautado nos princípios da moral, da ética e da cidadania. É missão da escola ser cidadã e desenvolver na sociedade a capacidade de governar e controlar o desenvolvimento humano e social. E os educadores, numa visão emancipadora, não só transformam a informação em conhecimento e em consciência crítica, mas também formam aquilo que é mais importante: a pessoa humana.

Efetividade

A efetividade, também denominada de eficácia social, consiste na realização concreta da norma, na sua praticidade, na capacidade da norma alcançar, no meio social, os seus objetivos. A efetividade é dotada de força operativa no mundo dos fatos. Constitui, na expressão de José Afonso da Silva¹⁰, “a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final”.

Para Luís Roberto Barroso¹¹,

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Vale ressaltar que a efetividade da norma constitucional definidora do direito republicano, previsto no artigo 1º, depende da sua eficácia jurídica. Não há efetividade sem eficácia da norma. Todas as normas são dotadas de eficácia jurídica, contudo essa eficácia é passível de graduação.

José Afonso da Silva¹² define eficácia jurídica como “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”. Refere-se à potencialidade, possibilidade de aplicação da norma, o que se diferencia da efetividade, porque essa pressupõe a real concretização, no mundo fático, dos

⁹GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Editora Imprensa Livre, 2005. p. 23.

¹⁰SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66.

¹¹BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85.

¹²Ibid., p. 66.

objetivos da norma.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³,

[...] efetividade da norma constitucional se expressa de forma plena e inequívoca, à semelhança do art. 53 da Constituição Espanhola, no art. 5º, §1º, da Constituição de 1988, ao afirmar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Ocorre que a norma constitucional relativa ao direito republicano, que confere ao cidadão o direito de que a coisa pública seja sempre gerida em favor da coletividade, indubitavelmente, é norma definidora de direito. Trata-se, na verdade, de direito subjetivo público. Por direito subjetivo deve-se entender a faculdade conferida a uma parte de exigir da outra parte determinado comportamento.

Como ensina Luís Roberto Barroso¹⁴, o direito subjetivo público é norma jurídica de conduta, caracterizada por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra um comportamento. Há, portanto, de um lado, o direito subjetivo, a possibilidade de exigir; de outro, o dever jurídico, a obrigação de cumprir. Contudo, quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor de um particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público.

Vale dizer, por parte do Estado, existe o dever constitucional de realizar uma “administração de resultado¹⁵”, ou seja, de resultados concretos e materializados em uma boa e justa atribuição de bens e serviços às pessoas, numa nova concepção das relações entre cidadãos e administração pública. Este dever funcional do Estado consiste em atingir efetivamente resultados que concorram para atendimento de seus cometimentos públicos. Neste contexto, o cidadão passa a participar mais intensamente do governo e da gestão da *res publica*.

Gestão democrática da educação

Antes de adentrar no conceito de “gestão democrática da educação” se faz necessário desmembrar e analisar cada componente desta expressão em tela.

Quando se fala em “*gestão*”, adota-se o sentido de administrar, gerir, orientar, organizar e viabilizar determinada finalidade. Embora a gestão democrática vise a inclusão de todos os envolvidos na tomada de decisões, o conceito de gestão pressupõe a existência de uma hierarquia administrativa na qual um pequeno grupo (autoridades executivas e acadêmicas) traça as regras que serão aplicadas aos administrados finais (alunos) por seus mediadores (diretores, professores, técnicos, funcionários das escolas, conselhos, entre outros), revestindo-se assim de verdadeira gestão política e gerencial.

A expressão “democrática”, por sua vez, busca abarcar todos os sujeitos envolvidos direta ou indiretamente com o sistema educacional, sendo estes cidadãos livres para expressar suas opiniões, compartilhar a execução de tarefas e dividir o poder de gestão, tendo como princípio básico o respeito mútuo de todos os que participam do processo, estabelecendo o diálogo, a vivência e a troca de experiências entre alunos e seus familiares, funcionários,

¹³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito pós-moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 128.

¹⁴Ibid., p. 103-104.

¹⁵MOREIRA NETO, op. cit., p. 133.

professores, órgãos de direção e comunidade.

Já o termo “educação” foi adotado no sentido amplo, visando atingir não só o ato de ensinar, mas, principalmente, as necessidades básicas de aprendizagem que ocorrem não só na escola por meio dos professores, mas nos mais variados locais e situações por diversos agentes educativos (família, convívio social, mídias, redes sociais, religião e tantos outros).

A partir destas considerações, a expressão “gestão democrática da educação” pode ser traduzida como uma nova forma de organização da gestão escolar pautada na participação de todos os envolvidos no processo de ensino e aprendizagem juntamente com a sociedade/comunidade a fim de transmitir o conhecimento não só na sala de aula, mas através da interação da maior variedade de meios possíveis para a formação de cidadãos conscientes, críticos e responsáveis, com a efetiva participação dos alunos nas diretrizes que serão encaminhadas ao órgão gestor para a elaboração do plano político-pedagógico de cada escola.

O sistema educacional brasileiro está regulamentado na Constituição Federal de 1988, nos seus artigos 6º; 22, inciso XXIV; 23, inciso V; 24, inciso IX; 30, inciso VI; 205; 206, inciso VI; 208, incisos e parágrafos; 211 e parágrafos; 214 e incisos e 227.

Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, juntamente com a União, por meio do Ministério da Educação (MEC), deverão proporcionar meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, sendo concorrente entre os entes federados a competência para legislar sobre tais temas, bem como sobre ensino, desporto e desenvolvimento, organizando em regime de colaboração os seus sistemas de ensino, competindo prioritariamente aos Municípios a atuação no ensino fundamental e na educação infantil, aos Estados e Distrito Federal o ensino fundamental e médio e à União o ensino superior e profissionalizante, bem como financiar as instituições de ensino públicas federais, proporcionando a garantia de oportunidade e padrão mínimo de qualidade do ensino oferecido pelos demais entes federados.

O artigo 214 da Magna Carta prevê a elaboração do Plano Nacional da Educação¹⁶, destacando seus objetivos e metas, a saber:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

¹⁶Estabelecido pela Lei nº 13.005/2014 para os anos de 2014 a 2024, o Plano Nacional de Educação visa promover a garantia do acesso e a universalização do ensino obrigatório, bem como a ampliação das oportunidades educacionais, reduzindo as desigualdades e valorizando a diversidade. Busca, ainda, a valorização do profissional da educação e traça metas para o ensino superior no Brasil.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 determina que o ensino será ministrado com base em diversos princípios, dentre os quais destaca-se a gestão democrática do ensino público, nos termos do seu art. 206, que tem previsão ainda na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) (Lei nº 9.394/96)¹⁷, de competência privativa da União, em seus artigos 3º, 14 e 15, *in verbis*:

Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

Art. 14. Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:

I - participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola;

II - participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

Art. 15. Os sistemas de ensino assegurarão às unidades escolares públicas de educação básica que os integram progressivos graus de autonomia pedagógica e administrativa e de gestão financeira, observadas as normas gerais de direito financeiro público.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional traz, ainda, que a educação escolar deverá estar vinculada ao desenvolvimento do indivíduo para o meio de trabalho e para a prática social, tendo como finalidade o pleno exercício da cidadania, através da garantia do ensino público de qualidade, com igualdade em condições de acesso, liberdade e pluralismo de ideias, tolerância e valorização da experiência extracurricular, traçando ainda o regime de colaboração entre os entes federados, as diretrizes para cada modalidade de ensino, de acordo com a idade e grau escolar, formação dos profissionais em educação e, por fim, a origem e destinação dos recursos financeiros.

O Plano Nacional de Educação (PNE) traduz no resultado de ações conjuntas entre a sociedade civil e a política visando proporcionar e garantir a educação como direito social, minimizando o controle estatal e adaptando o ensino à realidade de cada comunidade de acordo com suas necessidades mais específicas.

Assim, o Plano Nacional de Educação é fruto das ações da sociedade civil em prol da efetivação dos direitos constitucionais previstos no artigo 214 da Constituição Federal de 1988 e na LDB.

Na mesma linha de raciocínio o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, nos artigos 4º, 22, 53 e seguintes, 70-A e 136, confere à família, comunidade, sociedade em geral e ao poder público o dever de assegurar o direito à educação e profissionalização dos menores de 18 anos, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, sendo dever do Estado, por intermédio de seus entes federados, que deverão atuar de forma articulada, a garantia e oferecimento de ensino público de qualidade mínima e dever dos pais ou tutores/guardiões a matrícula dos menores em instituições de ensino infantil, fundamental e médio, sob a fiscalização do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Conselho Tutelar.

O Decreto nº 6.094, de 24 de abril de 2007, dispõe sobre a implementação do Plano de

¹⁷Desde 1990, intensificou-se no Brasil a administração pública gerencial, em que as instituições privadas oferecem serviços de relevância social (educação, saúde, cultura, pesquisa científica), o que contribuiu para a centralização de riquezas e desigualdade social, por isso tamanha importância da aprovação da Lei de Diretrizes e Bases (LDB) e do Plano Nacional de Educação (PNE).

Metas Compromisso *Todos pela Educação*, pela União Federal, em regime de colaboração com os Municípios, o Distrito Federal e os Estados e participação das famílias e da comunidade, mediante programas e ações de assistência técnica e financeira, visando a mobilização social pela melhoria da qualidade da educação básica.

Importante frisar que a legislação vigente, no entanto, não deve ser vista como normas de imposição autoritárias de um dever, mas como instrumento de efetivação da democracia entre todos os atores envolvidos no processo de educação.

Em que pese o Brasil do século XX haver ratificado diversos documentos internacionais sobre o investimento e desenvolvimento da educação no país, bem como haver uma farta legislação nacional, em tese, garantidora de um sistema público de qualidade, em contrapartida, o país adotou políticas imediatistas que pouco ou quase nada acrescentaram à cultura educacional, sem resultados consideravelmente satisfatórios, sob o manto da falta de recursos financeiros para melhores investimentos em formação, qualificação e, principalmente, remuneração dos profissionais da educação e investimentos em pesquisas científicas, técnicas e tecnologias que inovem o sistema de ensino público, mantendo assim a essência característica de sociedades colonizadoras e exploradoras da ignorância do seu povo como forma de dominação social.

Na contramão desta realidade, a gestão democrática da educação propõe novas diretrizes para educação no Brasil, tem como princípios básicos para sua concretização a descentralização do poder de gestão, autonomia da escola e do sistema de ensino e participação de todos os envolvidos.

A descentralização do poder de gestão quer substituir a figura do diretor de escola de postura autoritária pelo gestor que deve desenvolver uma postura flexível e conciliadora perante os membros da escola e da comunidade. Este passa a ser escolhido por meio de eleições diretas com a participação de todos os servidores de ensino e comunidade com o intuito de democratizar e legitimar sua escolha, permitindo assim a concretização de um plano de ações compartilhadas entre todos os atores da gestão democrática da educação.

A descentralização tem como característica o envolvimento de todos nas decisões e planos de prática de ensino, não sendo mais o diretor o único responsável pela gestão de recursos e nem o professor pelo sucesso ou fracasso dos métodos de aprendizagem, vez que todos os envolvidos decidem juntos pelo melhor caminho a ser adotado para a promoção de um sistema educacional eficaz.

Por outro lado, a autonomia da escola e do sistema de ensino está ligada a ideia de liberdade na tomada de decisões internas, fixadas a partir do consenso formado por toda comunidade escolar, que se realiza no projeto pedagógico elaborado pelos órgãos de ensino que atendam as necessidades trazidas pela comunidade envolvida.

Pode-se afirmar, então, que a participação é condição *sine qua non* para a existência de uma gestão democrática da educação. Em outras palavras, sem a efetiva participação dos agentes educadores e da comunidade na qual a instituição de ensino está inserida, não há democracia naquelas decisões.

Assim, a participação de toda comunidade escolar torna efetiva a democracia da educação, com união de esforços para a implantação da consciência cidadã não só nos educandos, mas também entre todos os agentes educadores, superando o modelo centralizado de poder

de gestão com a criação e redefinição de atribuições aos gestores, professores, agentes de educação (funcionários), associação de pais e mestres, grêmios estudantis, conselhos escolares e outros.

Mecanismos de concretização da gestão democrática da educação

Com o advento e difusão da tecnologia cada vez mais presente no cotidiano da humanidade, resta muito claro que a educação é o meio eficaz para adequar os indivíduos ao mundo dos negócios, para promover a participação social nas políticas e ações governamentais e, sobretudo, para possibilitar a concretização da gestão pública da educação, com a participação de toda comunidade, no intuito de oferecer às crianças e aos jovens um ensino focado nas necessidades específicas de cada pólo educacional, como forma de reequilibrar o sistema e proporcionar oportunidades de desenvolvimento pessoal e social a determinada comunidade por meio de ações fundadas na equidade.

Essas ações buscariam oferecer programas de ensino de qualidade em todo país, inclusive nas localidades de população carente, com deficiência na educação, como forma de balancear as necessidades e obter resultados que equilibrem a situação dos grupos em desvantagem.

Não se trata de investir mais ou propor situações inviáveis, mas de uma reorganização e adequação dos mecanismos e verbas disponíveis como forma de oferecer o melhor serviço sem aumentar as despesas. Trata-se, portanto, de planejamento e execução equitativa dos recursos voltados à educação como meio de formação de cidadãos críticos e participativos.

Neste contexto, a gestão da educação surge como meio de equilibrar a descentralização do Estado, que deverá propor diretrizes básicas para a educação e a integração da comunidade com a metodologia de ensino que melhor atenda às suas necessidades.

O artigo 14 da Lei de Diretrizes e Bases prevê que a gestão democrática da educação será concretizada a partir da elaboração de um projeto político-pedagógico e da criação de conselhos escolares, sendo ambos os institutos interdependentes entre si.

O projeto pedagógico é um verdadeiro documento que detalha as diretrizes e elenca as expectativas e finalidades de toda a comunidade escolar, funcionando como verdadeiro guia de ações e importante instrumento de gestão. O projeto pedagógico deve ser elaborado conjuntamente entre o conselho escolar¹⁸ e a comunidade, numa gestão colegiada, no qual devem constar as bases políticas e filosóficas, os comportamentos, os princípios e os valores de uma determinada comunidade visando a boa convivência entre seus participantes e buscando oferecer a formação de qualidade, além de organizar sistematicamente o trabalho educativo por meio da combinação de reflexões e ações pedagógicas.

Trata-se, em última instância, de um compromisso assumido entre a escola, traçando estratégias para alcançar as finalidades (cultural, política, social, profissional e humanística) as quais se propõe, priorizando as de maior importância quando não for possível concretizar todo o plano traçado, e a comunidade, que participa ativamente de sua elaboração, o que confere o caráter democrático e político ao projeto pedagógico.

Por outro lado, o conselho escolar não tem o papel de atuar em nome do governo impondo suas diretrizes; ao contrário, assume a função primordial de levar aos governantes os anseios

¹⁸O conselho escolar tem a função de organizar o trabalho pedagógico através de mecanismos que possibilitem a concretização dos objetivos e metas traçados pela instituição de ensino, trazendo as diretrizes para a administração dos recursos humanos, financeiros, materiais, atribuição de funções e responsabilidades e ainda o planejamento das atividades a serem desenvolvidas.

da sociedade, uma vez que permite e efetiva a participação dos membros da comunidade na elaboração do projeto pedagógico, funcionando como verdadeiro mediador entre a instituição de ensino e seus pares e o Estado.

Por todo o exposto, nota-se que o intuito da gestão democrática da educação é possibilitar a formação de indivíduos com consciência ética, moral e solidária desde a primeira idade, capazes de refletir e se reconhecer como responsáveis pela formação de uma sociedade mais justa e equitativa, capaz de exigir dos governantes o cumprimento de seus direitos sem deixar de reconhecer e pôr em prática os seus deveres.

Vale destacar o artigo 9º do Plano Nacional da Educação (Lei 13.005, de 25 de junho de 2014), a saber:

Art. 9º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aprovar leis específicas para os seus sistemas de ensino, disciplinando a gestão democrática da educação pública nos respectivos âmbitos de atuação, no prazo de 2 (dois) anos contado da publicação desta Lei, adequando, quando for o caso, a legislação local já adotada com essa finalidade.

Verifica-se, pois, que a gestão democrática da educação se concretiza não só com a participação de todos os envolvidos (escola e comunidade), mas também se faz necessária a compreensão e flexibilização para a formulação de um projeto pedagógico que se torne possível na prática.

Conclusões

Em que pese a necessidade de mudanças e constante busca pela melhora nos métodos e sistema de ensino, é importante ainda cultivar a ideia de que cada indivíduo é responsável pelo seu crescimento e evolução. Cabe a cada um o sucesso e as dificuldades a serem enfrentadas durante a formação, o que exige esforço e adequação individuais, tornando-se apto ao mercado de trabalho e, mais que isso, buscando a excelência no conhecimento a ele oferecido e nas qualificações por si desenvolvidas, cabendo à escola, família e sociedade inculcar essa nova mentalidade, não só aos educandos mas também aos educadores.

A educação escolar tem caráter seletivo na questão das desigualdades sociais que, muito além de uma questão econômica, é primeiramente uma questão sociopolítica. Assim, a educação escolar que visa a formação de cidadãos com consciência política e humanitária é fundamental para o desenvolvimento de indivíduos livres, conscientes, justos, solidários, participativos, com dignidade e formação necessárias para ingressar e competir no mercado de trabalho, ou seja, praticantes da verdadeira cidadania.

A gestão democrática da educação é, portanto, um importante instrumento de cidadania, de superação das relações econômicas e sociais, na medida em que possibilita a formação de uma consciência crítica nos indivíduos e a renovação de valores; que não se confunde com o papel da escola, da família e da comunidade, mas que caminha de mãos dadas com todos eles na busca por melhores resultados, para efetivação do objetivo maior da cidadania, que é educar.

Referências

- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CORREA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Unijui, 2000.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: VEIGA, Cynthia Greive (Org.). *Carlos Roberto Jamil Cury: intelectual e educador*. Belo Horizonte, MG: Autêntica Editora, 2010. p. 103-118.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.
- DURKHEIM, Émile. *Educação e Sociologia*. São Paulo: Melhoramentos, 1978.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*. São Paulo: Cortez, 1997.
- GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Editora Imprensa Livre, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito pós-moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

O direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: diálogos entre direito positivo, história, cinema e literatura¹

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Advogada. Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). E-mail: anapolacchini@uol.com.br

DRIELLY RIGOTI YAMADA

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

BRENDA CREDENCIO SILVA

ISABELA ZATTI PERIN

MARIA CAROLINA RASCASSI

POLIANA ROSA SANTOS

RAISSA GOULART

Graduandas em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

Resumo: Este trabalho elege os direitos da criança e do adolescente como temática de análise e, mais especificamente, procura compreender o processo histórico de positivação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes no Brasil do século XX, que culmina com a conquista do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. Tendo por premissa que a arte é meio de compreensão dos fenômenos, inclusive do jurídico, e com vistas a estabelecer um diálogo entre a legislação e a arte, o trabalho de pesquisa selecionou como material de análise tanto a legislação e a doutrina aplicáveis ao tema, como obras da literatura e do cinema. O método empregado tem por referência a história cultural e as contribuições de Hans-Georg Gadamer no campo da hermenêutica e no papel que a arte desempenha no jogo compreensivo, sendo que tanto o direito, quanto a literatura, o cinema e a história constituem narrativas.

Palavras-chave: Direito à convivência familiar e comunitária. Marginalização. Sujeitos de direito.

Abstract: This work discusses the children's rights and, more specifically, seeks to understand the regulation historical process of the right to a family and to community coexistence, in twentieth century Brazil, culminating in the conquest of the Statute of the Child and Adolescent, Law 8.069/90. The premise is that art is a means of understanding phenomena, including legal rights, and in order to establish a dialogue between legislation and art, the research work selected as material analysis both the legislation and the doctrine applicable to the subject, as works of literature and cinema. The method employed considers the cultural history and the contributions of Hans-Georg Gadamer in the field of hermeneutics and the role that art plays in the understanding game. that both law, literature, cinema, and history are narratives.

Keywords: Right to a family and to community coexistence. Marginalization. Subjects of law.

Introdução

Korczak ressaltou a importância de ouvir as crianças como seres de direitos e de deveres, circunstância em que, como sujeitos, estes deixam de ser objeto da ação do outro e passam a ser protagonistas de suas vidas. Apesar de invocar a necessidade de autonomia no desenvolvimento da infância, Korczak apontou que a opressão, nos moldes em que

¹Este artigo é baseado na pesquisa "A eficácia dos direitos fundamentais: compreensão e construção do fenômeno jurídico a partir da relação entre direito e arte", desenvolvida pelos discentes ao longo do ano de 2017, com o auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, (PESQDIR2017419).

fora historicamente imposta às crianças e aos adolescentes, constituiria fato gerador de inconstantes problemas em relação ao seu efetivo desenvolvimento².

Privação de direitos, marginalização, culpabilização, pauperização, violência, exclusão são termos comuns à realidade de crianças e de adolescentes no país. É essa opressão que acompanhou boa parte da história de crianças e de adolescentes tanto no Brasil, como em outras partes do mundo. É recente, datando do final do século XX, a construção de uma doutrina que invoca o protagonismo e a condição de sujeitos de direitos à crianças e adolescentes. Essa construção resulta de lutas sociais que procuravam evidenciar o papel e responsabilidade do Estado no desenvolvimento de crianças e de adolescentes³.

No plano normativo, esse paradigma atual de proteção e promoção de crianças e adolescentes é aquele em que esses são protagonistas de sua história e merecem especial atenção do Estado, da sociedade e da família⁴.

Em 1924 a Declaração de Genebra foi o primeiro documento normativo que se voltou para a necessidade de uma proteção especial à criança⁵. Em seguida, a ONU materializa a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959. Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos previu em seu artigo 19 a necessidade das medidas de proteção à infância⁶. Mas é com a Convenção dos Direitos da Criança de 1989⁷ que a doutrina da proteção integral passava a ser reconhecida e estabelecida.

No Brasil, é possível discriminar a Lei do Ventre Livre, de 28 de setembro de 1871 e a roda dos expostos como instrumentos normativos e estatais para “lidar” com a realidade de crianças e de adolescentes.

Em seguida, passa a ser construída a doutrina do direito penal do menor, que vigorou até o final da década de 1970, com o Código Melo Mattos, tendo sido substituída pela doutrina da situação irregular em 1979. Como forma de intervenção estatal, em 1927 é promulgado o primeiro Código de Menores do Brasil (Decreto nº. 17943-A). A criança merecedora de tutela do Estado era o “menor em situação irregular”, e em 1940, com o atual Código Penal Brasileiro, a imputabilidade penal se definiu aos 18 anos.

Com a Convenção sobre os Direitos da Criança ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990⁸, e com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no mesmo ano, o Brasil passou a adotar a doutrina da proteção integral da criança. São princípios, regras, procedimentos, agentes e objetivos que visam garantir às crianças e adolescentes tanto os mesmos direitos que qualquer outro ser humano, como especial proteção nas circunstâncias quanto ao seu desenvolvimento, atribuindo ao Estado a edição de políticas públicas transversais de atenção à infância.

Ao retomar o processo de construção dos direitos da criança e do adolescente no

²THÉRY, Irène. Novos direitos da criança: a poção mágica? In: ALTOÉ, Sônia (Org.) *A lei e as leis: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2007.

³SAETA, Beatriz Regina Pereira; SOUZA NETO, João Clemente. A criança e o adolescente na sociedade brasileira. In: NASCIMENTO, Maria Leticia; SOUZA NETO, João Clemente de (Org.). *Infância, violência, instituição e políticas públicas*. São Paulo: Expressão e Arte, 2006. p. 17-41. p. 27.

⁴BAPTISTA, Myrian Veras. Algumas reflexões sobre o sistema de garantia de direitos. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 109, p. 179-199, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 jan. 2018.

⁵AMIN, Andréia Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59.

⁶THÉRY, op. cit.

⁷Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. O Brasil aprovou a mencionada convenção pelo Decreto Legislativo nº 28 de setembro de 1990 e a incorporou por meio do Decreto nº 99.710 de novembro de 1990.

⁸BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Brasil, retomando as suas origens, pretende-se aqui analisar o direito à convivência familiar e comunitária e buscar, por intermédio de formas artísticas, o modo como a questão das crianças e dos adolescentes se manifestou historicamente simultaneamente aos instrumentos jurídicos positivos.

Nesse sentido, analisa a atual legislação brasileira aplicável ao tema bem como procura relacionar direito e arte como método de interpretação de modo a ampliar a compreensão da temática abordada. A metodologia empregada tem caráter interdisciplinar na medida em que faz uso da arte para compreender o direito e associá-lo ao seu processo histórico. Nesse sentido a pesquisa analisa a legislação aplicável a partir da literatura e do cinema.

A arte “instala um mundo”⁹, promove uma “abertura manifestante das amplas vias das decisões simples e essenciais no destino de um povo histórico”¹⁰. Com efeito, a arte é modo de escrita do mundo e o mundo está impregnado de alma¹¹. Para Heidegger, a alma constitui “o modo e o fundamento de uma relação com os entes [...], que também é relação com ele mesmo”¹² na existência.

As narrativas literárias e fílmicas podem servir de material para se pensar um povo e fazer valer o que o artista teria a dizer de seu mundo, em seu tempo histórico.

Os materiais artísticos utilizados neste artigo incluem a obra “Capitães da Areia”, de Jorge Amado (2008), e os filmes “O Contador de Histórias” (2009) e “Lion – Uma Jornada Para Casa” (2016).

Jorge Amado apresenta uma narrativa que representa um relato histórico de uma época. História e literatura constituem narrativas sobre a realidade, seriam “modalidades de um exercício imaginário de reconstrução do mundo”¹³. É sob o amparo da história cultural que os materiais passam a ser aqui analisados, para dialogar com a legislação, vista também a partir da perspectiva de uma narrativa que opera sobre as representações do imaginário.

Quanto aos filmes, estes

frequentemente trazem implícito um modelo de sociedade. Os chamados filmes de ficção – *feature films* (*feature* em inglês significa também caracterizar, retratar, delinear) – são, por outro lado, documentários preciosos sobre o nosso imaginário, sobre nossos valores e aspirações.¹⁴

Assim considerando, um filme também é um texto, uma narrativa. Guarda correspondência com questões históricas e que podem ser reveladas para transpor um caráter transformador. Literatura e cinema são tomados como similares porque copiam, representam, anunciam, iludem, expressam, mostram, e não se limitam à suposta pretensão de verdade.

A história busca no passado indícios daquilo que faz representar e esses indícios podem se fazer valer por histórias contadas, filmes e leis, constituindo documentos de um tempo. A arte e o cinema assumem um tom de ilusão e de verdade e indicam a presença humana no mundo, que as produz e reproduz e que integram a sua história.

⁹HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Tradução Idalina Azevedo e Manuel Antonio Castro. São Paulo: Edições 79, 2010. p. 111.

¹⁰Id., p. 121.

¹¹MORIN, Edgar. *O cinema ou o homem imaginário*. Tradução Antonio-Pedro Vasconcelos. Lisboa: Grande Plano, 1997. p. 167.

¹²HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004. p. 145.

¹³PESAVENTO, Sandra Jatthy. O mundo como texto: leituras da história e da literatura. *História da Educação*, ASPHE/FaE/UFPEL, Pelotas, n. 14, p. 31-45, set. 2003. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/asphe/article/viewFile/30220/pdf>>. Acesso: 12 nov. 2017. p. 132.

¹⁴NOVAES, Sylvia Caiuby. Imagem e ciências sociais: trajetória de uma relação difícil. In: BARBOSA, Andréa; CUNHA, Edgar Teodoro da; HIKIJI, Rose Satiko Gitirana (Org.). *Imagem-conhecimento: antropologia, cinema e outros diálogos*. Campinas, SP: Papirus: 2009. p. 35-59. p. 53.

Gadamer, afirma que “antes de todo pensar crítico, filosófico-interventivo, o mundo já sempre se nos apresenta numa interpretação feita pela linguagem. [...] se trata de um continuar a pensar na língua que falamos e na interpretação do mundo nele contida”.¹⁵

Quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do filme. Com efeito, com a arte, percebe-se o mundo com os sentidos e sentimentos e esse contexto amplia o universo compreensivo de um fenômeno presente na sociedade brasileira: o processo de construção e de fortalecimento do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária.

Literatura e cinema como narrativas históricas em diálogo com o direito positivo

A literatura compõe narrativas que, ao longo da história, dentre outras ações (e intenções), se impõe a de denunciar, de quebrar paradigmas e de reclamar direitos. A crítica social, a infância abandonada e o estigma são algumas das questões levantadas por Jorge Amado em “Capitães da Areia”¹⁶. Escrita em 1937 foi queimada em praça pública em Salvador, capital da Bahia, junto aos outros livros do mesmo autor que, ao retratar o cotidiano denunciavam o desrespeito à dignidade humana numa época de instabilidade de direitos sociais e políticos¹⁷.

O romance de Jorge Amado traz a história de um grupo de crianças, em sua maioria órfãs, moradoras das ruas de Salvador. Eram denominadas de “Capitães da Areia”, pois moravam num velho trapiche e “*o cais é o seu quartel-general*”.¹⁸

A quantidade de crianças que compunham o grupo não foi demonstrada com exatidão pelo autor, o conjunto variava de quarenta a cem membros, todos “*vestidos de farrapos, sujos, semi-esfomeados, agressivos [...]*”¹⁹. As crianças viviam do furto e de pequenos “bicos”.

O livro é explícito ao justificar os motivos que levam as crianças praticarem tais condutas:

*Se faziam aquilo é que não tinham casa, nem pai, nem mãe, a vida deles era uma vida sem ter comida certa e dormindo num casarão quase sem teto. Se não fizessem tudo aquilo morreriam de fome, porque eram raras as casas que davam de comer a um, de vestir a outros. E nem toda a cidade poderia dar para todos.*²⁰

Esse é um retrato da violência, da pauperização, de cidadãos de “segunda classe”²¹, privados de seus direitos em um contexto em que a pobreza não era vista como uma questão social. Uma narrativa de marginalizados e da exclusão social²².

Ainda assim, esses meninos mantinham-se organizados para garantir a sobrevivência. Instituíam o seu direito local, seguiam leis e morais preservando a dignidade humana²³, além de serem liderados por Pedro Bala, “*[...] o chefe dos ‘Capitães da Areia’, que é reconhecível devido a um talho que tem no rosto*”²⁴.

¹⁵GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. v. 2. p. 97.

¹⁶ANDRADE, Celeste Maria Pacheco de. Os capitães da areia de Jorge Amado: histórias de vida na cidade da Bahia. *Amerika*, n. 10, 2014. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/amerika/4676>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

¹⁷AMADO, Jorge. *Capitães da areia*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

¹⁸Id., p. 11. (grifo nosso)

¹⁹Id., p. 29. (grifo nosso)

²⁰Id., p. 111. (grifo nosso)

²¹SAETA; SOUZA NETO, op. cit., p. 17.

²²Id.

²³AMADO, op. cit.

²⁴Id., p. 13. (grifo nosso)

É possível ter acesso à história de outros protagonistas como João Grande, o mais forte; Querido-de-Deus, o mais célebre capoeirista²⁵; João José, conhecido como Professor, furtava livros, pois era o único letrado²⁶; Pirulito, aquele que buscava amparo e felicidade nas imagens de santos; Gato, o mais ágil e vaidoso; e Sem-Pernas, o coxo.

Individualidades constituídas pela obra de Jorge Amado, mas infantes, delinquentes, vadios para a legislação da ocasião. A época do enredo não é clara, mas é possível ter alguma referência temporal com base no movimento social ocorrido entre 1920 e 1930 no sertão nordestino, o “Cangaço”, através de inúmeras citações de seu líder Virgulino Ferreira da Silva, mais conhecido como Lampião.

A partir dessa referência, é possível supor que essas crianças estivessem sob a observância da Constituição de 1891²⁷ e da Lei de Assistência aos Menores, também denominado Código Melo Mattos (Decreto nº 17.943-A), promulgado no Brasil em 1927²⁸. O dispositivo estabelecia medidas de assistência e proteção a todo “menor”, abandonado ou delinquente. Os menores de sete anos que estivessem “abandonados” eram considerados “infantes expostos” (artigo 14).

A Constituição de 1891 não fazia qualquer referência à família, criança ou adolescente, limitando-se a estruturar o Estado brasileiro. A Carta de 1934 que sucedeu o texto de 1891 atribui ao Estado o dever de editar leis específicas para “socorrer as famílias de prole numerosa” e garantir a “higiene social” (art. 138) (BRASIL, 1934).

À época, o Estado preocupava-se em remover essas crianças das ruas com medidas severas e punitivas ao invés de viabilizar o desenvolvimento da família ou o acesso a ela e à comunidade. É possível notar o desprezo e medo da sociedade quanto às crianças abandonadas no livro:

*O que se faz necessário é uma urgente providência da polícia e do juizado de menores no sentido da extinção desse bando e para que recolham esses precoces criminosos, que já não deixam a cidade dormir em paz o seu sono tão merecido, aos institutos de reforma de crianças ou às prisões.*²⁹

A violência dentro do reformatório é naturalizada e descrita de maneira explícita: “*Agora davam-lhe de todos os lados. Chibatadas, socos e ponta-pés. O diretor do reformatório levantou-se, sentou-lhe o pé [...]*”³⁰. Outro método utilizado era a prisão dentro da cafuá:

*Era um pequeno quarto, por baixo da escada, onde não se podia estar em pé, porque não havia altura, nem tampouco estar deitado ao comprido, porque não havia comprimento. Ou ficava sentado, ou deitado com as pernas voltadas para o corpo numa posição mais que incômoda.*³¹

Essa dramática história demonstrou como aquela sociedade se comportava diante desse fenômeno e, principalmente, como essas crianças tiveram sua infância arrancada de suas vidas

²⁵Id., p. 31.

²⁶Id., p. 32.

²⁷BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Brasília, DF, 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm?TSPD_101_R0=9f93a525569fda62bc6c34149d81665wX8000000000000000003176eab3ffff00000000000000000000005ae6768c00c3a91230](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm?TSPD_101_R0=9f93a525569fda62bc6c34149d81665wX800000000000000003176eab3ffff00000000000000000000005ae6768c00c3a91230)>. Acesso em: 2 jul. 2017.

²⁸BRASIL. *Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

²⁹AMADO, op. cit., p. 12. (grifo nosso)

³⁰Id., p. 201. (grifo nosso)

³¹Id., p. 203. (grifo nosso)

por nunca terem tido uma família ou lar: “*Sempre tinham sido como homens, na sua vida de miséria e aventura, nunca tinham sido perfeitamente crianças. Porque o que faz a criança é o ambiente de casa, pai, mãe, nenhuma responsabilidade*”³². Não viveram, sobreviveram.

Essa era a fase de transição da Doutrina do Direito Penal do Menor para a Doutrina Jurídica de Proteção ao Menor em Situação Irregular trazida pelo Código de Menores em 1979.

O Código de Menores de 1979 cunhou o termo “menor em situação irregular”. Este era tanto aquele que mantinha “desvio de conduta”, como aquele privado de “condições familiares”. O atendimento seria oferecido segundo as diretrizes da Política Nacional do Bem Estar do Menor. Instituíam-se um sistema de confinamento e controle que ainda considerava a pobreza como uma questão judicial e não social³³.

A Lei 4.513. de 1964, sancionada durante a ditadura militar, autorizou a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM). Segundo o artigo 2º da Lei 6.697/79 que instituiu essa doutrina, o menor em situação irregular seria aquele:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal. [...]

Em âmbito estadual, especificamente no estado de Minas Gerais, cuja capital é o cenário do filme “O contador de histórias”, o Decreto 9.909 de 04 de julho de 1966 instituiu a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM), com observância na política nacional do bem-estar do menor e na Lei mineira n. 4.177/1966, que autorizou o Poder Executivo a instituir a referida fundação naquele Estado.

O filme “O contador de histórias”, baseado na história de Roberto Carlos Ramos, narra a história de Roberto, no ano de 1978, na cidade de Belo Horizonte. Ele foi uma dentre tantas crianças que viveram sua infância na FEBEM, pois sua situação era considerada irregular por ser privado de condições essenciais da sua subsistência, conforme artigo 2º, I, alínea “a”, da Lei 6.697/79, por viver na miséria. Aos treze anos ele foi adotado por uma pedagoga francesa, que estava na cidade realizando pesquisas, e se apaixonou por ele e por sua história, e quer ajudá-lo a se recuperar da violência e dos vícios que a vida na rua lhe impôs. Roberto se formou em Pedagogia e se pós-graduou em literatura infantil, sendo considerado um dos dez maiores contadores de história do país.

O menor a ser acolhido pela Fundação deveria estar em situação irregular conforme

³²Id., p. 244. (grifo nosso)

³³SAETA; SOUZA NETO, op. cit., p. 24-28.

o artigo 2º da Lei 6.697/79, supra transcrito. O Decreto mineiro n.º 9.909/1966, parágrafo único do artigo 3º, já previa que a fundação abrigaria, além do menor abandonado, o menor infrator:

Art. 3º – [...].

Parágrafo único – Na realização de seus objetivos a FEBEM não só cuidará da observação e tratamento do menor abandonado e infrator, como adotará medidas de higiene social, recreação e atividades dirigidas, para prevenir o abandono e o desajustamento social.

No filme “O contador de histórias”, a FEBEM passa a integrar a vida de Roberto através de um comercial de televisão assistido por sua mãe na casa de um vizinho que recebia muitas pessoas aos domingos para juntos assistirem à programação.

Sua mãe, que era lavadeira e sustentava os dez filhos sozinha, sentia a miséria adentrar sua casa com mais intensidade. Encontrou, ali na FEBEM, uma chance de dar oportunidades a um de seus filhos e escolheu Roberto, pois era o caçula.

Na manhã seguinte, ela o acorda e o leva até a instituição. Ela fica em uma sala com uma funcionária que pede para ela lançar sua digital, pois não sabia ler nem escrever, em alguns documentos para possibilitar o acolhimento de seu filho no lar substituto.

Quando vai embora, ela é impedida de se despedir dele, nem ao menos explicar-lhe o porquê está sendo deixado. Ele se desespera e chama pela mãe, que o olha com lágrimas nos olhos e vai embora, acreditando que fez a coisa certa para ele, pois teria oportunidades melhores na instituição.

A FEBEM foi criada, segundo os atos que a instituíram, com o objetivo de prevenir que crianças e adolescentes vivessem na pobreza, sem condições mínimas para subsistência, ou para prevenir que chegassem ao crime em decorrência dessa situação, ou como medida de pena para os que cometessem atos de delinquência. Porém, essa medida não considerava o direito à convivência familiar e comunitária do menor. Retirava-o de sua família para que vivesse com crianças e adolescentes de idades próximas a sua e de diferentes histórias sem que houvesse uma estrutura para o sistema gerar frutos positivos em sua maioria.

Contudo, em 1995, com o advento da Constituição Federal da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, a Assembleia Legislativa da Bahia editou a Lei 11.819 de 1995, a qual extinguiu a figura da instituição FEBEM, sendo essa absorvida pela Secretaria de Estado da Criança e do Adolescente.

Nas cenas finais do filme, quando a pedagoga francesa vai à FEBEM para dizer que está levando Roberto consigo para a França, ela é parabenizada pelo trabalho e pelo amor de mãe que teve com o menino, que foi essencial para que ele não se tornasse um criminoso. Ela então responde que sabia que uma criança de treze anos não poderia ser taxada como irrecuperável.

A funcionária da instituição afirma que adoraria cuidar de cada criança, mas que era impossível, pois o que se fazia na FEBEM era política pública, é uma guerra, e essa guerra já começou perdida pela pobreza, quando a mãe entrega seu filho. Como criança, ele era apenas uma pessoa em desenvolvimento.

O processo histórico dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, mesmo tendo

suas peculiaridades, apresenta similaridades ao ocorrido em diversos outros países do mundo. Uma obra cinematográfica que retrata a realidade de muitas crianças do mundo é o filme “Lion – Uma Jornada Para Casa”, de 2016. O drama, baseado em fatos reais, conta a história de um menino indiano de 5 anos de idade, chamado Saroo, que se perde do seu irmão mais velho, Guddu, em uma estação de trem em Khandwa, indo parar em Calcutá, cerca de 1.500 km de casa.

Em 2012, foi noticiada ao mundo a história de um garoto indiano que havia encontrado sua família, após 25 anos, graças ao *Google Earth*. Saroo Brierley, que vivia com seus irmãos e sua mãe em Ganesh Talai, um bairro na cidade de Khandwa (Índia Central), foi separado acidentalmente de sua mãe biológica em 1986 ao se perder do irmão mais velho e dormir dentro de um trem que o levou à Calcutá, capital do estado de Bengala Ocidental, na Índia.

Em razão de sua pouca idade, Saroo não conseguia falar para as pessoas o nome do local em que morava, pois pronunciava Ganesh Talai de forma errada. O menino, de apenas cinco anos de idade, não sabia ler, escrever ou entender a língua falada em Calcutá e passou a viver nas ruas.

Saroo foi levado a uma delegacia de polícia por um adolescente e foi transferido para a Sociedade Indiana de Adoção, dado que as buscas para encontrar sua família não foram bem-sucedidas. O garoto foi adotado por Sue e John Brierley, um casal australiano.

Saroo passou a viver na Austrália com seus pais adotivos e outra criança indiana, Mantosh, que também foi adotada pelo casal. Saroo nunca desistiu de encontrar sua mãe, Kamla Munshi, e, em meados de 2005, já com 24 anos de idade, sua busca se tornou uma obsessão.

Com base nas suas lembranças sobre o local em que vivia e o local que havia chegado após a longa viagem, Saroo encontrou sua cidade de origem, Khandwa. Saroo calculou, aproximadamente, o tempo que havia passado no trem com a velocidade dos trens indianos, chegando a uma distância de 1.200 km. O indiano utilizou a distância de 1.200 km como um raio de referência para sua busca, adotando Calcutá como o centro, e em 2011 encontrou o que estava procurando há 25 anos.

Foi nesse reencontro que Saroo descobriu que naquele dia, em 1986, seu irmão Guddu também não havia voltado para casa, tendo sido encontrado morto nos trilhos da ferrovia. Sua mãe, durante esses 25 anos, nunca havia desistido de reencontrar seu filho, razão pela qual manteve-se morando no mesmo local, na esperança de Saroo retornar para casa.

Em 2013 Saroo Brierly lançou o livro “*A long way home*”, uma autobiografia que conta toda a sua trajetória até reencontrar a mãe biológica. O livro foi um sucesso e a comovente história real acabou virando um filme, “Lion – Uma Jornada Para Casa”.

O filme registra a emocionante jornada para o reencontro através da visão de Saroo, que, apesar de buscar incessantemente por sua mãe biológica, em nenhum momento nega seus pais adotivos. Saroo tem seu verdadeiro lar e ligação afetiva na Índia, com sua mãe biológica, e na Austrália, com sua família adotiva que sempre incentivou sua busca.

O filme Lion lançou uma campanha intitulada #LionHeart³⁴, que colabora com organizações que trabalham para proteger as crianças da Índia e do mundo todo. Todos

³⁴Site oficial do Filme “Lion – Uma jornada para Casa”. Disponível em: <<http://lionmovie.com/>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

os anos, mais de 80.000 crianças indianas desaparecem e o filme *Lion* tem incentivado as pessoas a contribuírem com as organizações que ajudam a prevenir o desaparecimento de crianças.

Uma das cenas mais marcantes do filme se passa nas ruas de Calcutá, logo após Saroo ter se perdido de seu irmão. O filme mostra com clareza como é a vida das crianças abandonadas, perdidas e exploradas na Índia. Em um dado momento, Saroo se junta com um grupo de moradores de rua e durante a noite eles são surpreendidos por homens que sequestram as crianças de rua enquanto elas estão dormindo.

Após passar um tempo nas ruas de Calcutá, Saroo encontra um adolescente que o leva para uma delegacia para tentar encontrar sua mãe, mas a busca não obtém sucesso, então Saroo é levado a um orfanato precário, onde as crianças sofrem maus tratos. Logo em seguida, Saroo é adotado pelo casal australiano que mais tarde o incentivaria na sua busca pela família biológica.

As situações apresentadas pelo filme configuram também a realidade de muitas crianças no mundo todo. O ano de 1986, quando Saroo se perdeu de sua mãe, antecedeu a Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor em 02 de setembro de 1990, após dez anos de debates para sua elaboração. A formulação do texto da Convenção sobre os Direitos da Criança ocorreu por iniciativa da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, até 2015, foi ratificada por 194 países, sendo o documento de direitos humanos que recebeu mais apoio no plano internacional. O Brasil foi um dos primeiros países a ratificar a Convenção, não estabelecendo nenhum tipo de reserva. Nota-se, portanto, que na época em que se inicia a história de Saroo, em 1986, havia uma preocupação no âmbito internacional com a situação das crianças no mundo todo, o que motivou a elaboração de um documento internacional para garantir a proteção de seus direitos.

O momento da separação entre Saroo e sua família é marcado por uma fase de transição no que diz respeito aos direitos da infância, visto que estava em debate um dos documentos internacionais mais importantes para a proteção das crianças do mundo todo.

O termo “proteção” já é citado no artigo 2º da Convenção, item 2, para tratar dos menores de 18 anos e eleva a condição de princípios a não discriminação; o melhor interesse da criança; o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento e o respeito à opinião da criança.

Esse sistema seria incorporado logo em seguida pelo Brasil, seja ao ratificar a Convenção, seja ao promulgar o ECA uma vez que “[...] cada Estado assumiria o compromisso de construir uma ordem legal interna voltada para a sua efetivação”³⁵.

Apesar da grande diferença cultural entre os Estados-Nação signatários da Convenção, a norma internacional foi capaz de incluir em seu polêmico artigo 24 a ponderação entre abolição de práticas prejudiciais à saúde da criança sobre as tradições que poderiam envolvê-las.

Essa ordem já vinha preconizada na Constituição Federal de 1988. Isto porque a Carta Magna veio para iniciar uma nova era de proteção à criança e ao adolescente. Em seu artigo 227 prescreveu os direitos fundamentais à criança e ao adolescente, passando-os do status de

³⁵THÉRY, op. cit., p. 53.

incapazes submissos à vontade, para sujeitos de direitos. Não apenas criaram-se leis, criaram-se formas de interpretá-las e novo olhar era conferido a esses sujeitos.

Mas apenas com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente é que a proteção esperada pela Convenção se tornou concreta o suficiente para instituir a doutrina de proteção integral.

Essa doutrina de proteção, segundo Ishida, é “baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes”³⁶. O ECA estabelece o direito à uma vida digna que faculte à crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direito, o desenvolvimento, tanto físico, mental, moral, espiritual e social e a prioridade absoluta. “Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano”³⁷.

O direito à convivência familiar e comunitária

Toda criança e adolescente tem direito a uma família e à convivência com a comunidade, sem preconceitos de qualquer natureza e tendo em vista a fase de desenvolvimento em que o sujeito se encontra. Trata-se de uma garantia constitucional prevista no artigo 227.

Tanto o Código Melo Mattos quanto o Código de Menores estabeleciam meios de atender crianças e adolescentes que não tivessem uma família. No entanto, a ótica era a do confinamento e da entrega e se pode inferir que a questão social era reiterada pelas práticas estatais que julgavam a infância e a responsabilizam, junto com sua família, pela pobreza. A situação era de irregularidade, delinquência e abandono, e não de violação de direitos.

A Convenção dos Direitos da Criança, a Constituição Federal e o ECA instituem um novo olhar, de titularidade de direitos. Esse olhar fica evidente que nem sequer assistia os capitães de areia, José Roberto ou Saroo.

Dispõe o parágrafo único do artigo 3º do ECA que os direitos aplicam-se:

crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

A convivência familiar implica no “direito de viver na família de origem, em ambiente de afeto, e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação”³⁸. O ECA estabelece o princípio da manutenção na família, devendo o Estado assumir responsabilidades. A criança e o adolescente têm o direito de serem criados junto a sua família biológica ou extensa. Em casos de ameaça ou violação de direitos e em casos excepcionais, o ECA estabelece o dever de colocação em famílias substitutas, à quem cabe garantir o mesmo convívio familiar e social.

O acesso à família substituta se dá mediante guarda, tutela ou adoção. Em síntese, a guarda se dá para regularizar a posse de fato de crianças e adolescentes, seja no âmbito de procedimento de tutela ou adoção, seja para situações peculiares ou suprir a falta eventual

³⁶ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 23.

³⁷AMIN, op. cit., p. 62.

³⁸AMIN, op. cit., p. 152.

dos pais ou responsável (art. 33).

A tutela por sua vez, é outorgada apenas quando não há mais poder familiar ou este está suspenso, isto é, quando os pais já faleceram ou foram afastados ou destituídos por ordem judicial. A adoção aplica-se quando “esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa” (ECA, art. 39).

Se em alguma hipótese, algum dos direitos da criança for violado seja por omissão da sociedade ou do Estado, são aplicadas algumas medidas de proteção. Entre estas medidas estão o acolhimento familiar ou institucional, aplicáveis tão somente nas situações em que há risco ou violação de direitos praticados pelos genitores, ausente ainda a família extensa.

O acolhimento familiar ou institucional deve ser estabelecido por determinação judicial, também em situações excepcionais, de caráter temporário e transitório, seja para o retorno à família de origem ou para a colocação em família substituta.

Para o seu desenvolvimento, o Estado deve instituir programas que viabilizem o acolhimento por famílias ou o serviço de acolhimento institucional.

Com capacidade de até dez adolescentes, a instituição ou unidade que executa o serviço de acolhimento tem por escopo buscar um melhor desenvolvimento e atendimento de suas necessidades, não perdendo de vista a perspectiva de reintegração familiar e comunitária, resgatando também a autoestima e possibilitando a construção de um projeto de vida.

Trata-se de importante mudança que influenciou no ECA e que foi preconizada pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à convivência familiar e comunitária, criado em 2004/2005. O governo, através de pesquisas, tentou entender porque, como e quem são as crianças e adolescentes que estavam fora da convivência familiar.

Para ocorrência deste feito, o Departamento da Criança e do Adolescente (DCA) do Ministério de Justiça (MJ), a Secretaria de Estado de Assistência Social (SEAS) do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) e o Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF) reuniram-se, no primeiro semestre de 2002, com a finalidade de discutir os dados apresentados pela Caravana da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados sobre os programas de abrigo e perceberam a necessidade de novos integrantes para formação do plano.

Em agosto de 2002 foi realizado o “Colóquio Técnico sobre Rede Nacional de Abrigos”, que contou com a participação de Secretarias Estaduais de Assistência Social e entidades não-governamentais dos diferentes estados brasileiros envolvidos com a temática. Trataram de identificar ações a serem priorizadas, entre elas: a realização de um censo nacional de crianças e adolescentes em abrigos e práticas institucionais e a elaboração de um Plano de Ação para o seu reordenamento. Para o encaminhamento das decisões deliberadas no Colóquio, constituiu-se o “Comitê Nacional para Reordenamento de Abrigos”. Depois deste longo caminho percorrido, o documento finalmente foi intitulado como “Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária”³⁹. Graças a este grande avanço foram possíveis as mudanças no plano familiar

³⁹BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

e comunitário. O documento, por sua vez, influenciou tanto as alterações do ECA quanto os programas de acolhimento familiar e institucional e os modos de se documentar, incentivar e acompanhar a adoção no Brasil.

Considerações finais: encontros e desencontros de narrativas

Os direitos da criança e do adolescente contam na atualidade com um arcabouço jurídico protetivo e de promoção ao direito à convivência familiar e comunitária. Esse processo partiu da exclusão e da culpabilização da pobreza, seguindo pela institucionalização indiscriminada até alcançar a doutrina da proteção integral que, na atualidade, resulta de um processo de lutas e que procura se afirmar e consolidar constantemente.

A condição histórica de extrema pobreza que se mantinha no Brasil, bem como o contexto político nacional e internacional, influenciavam a população das ruas. Crianças e adolescentes eram abandonados pela família, e, ao longo de décadas, as legislações adjacentes foram produzidas para reforçar essa situação. Crianças e o adolescentes eram vistos como marginais, infratores, menores sem família que usavam as ruas para sustentar os vícios. Eram pessoas em situação irregular. A família, por sua vez, era vista como um corpo incapaz de opinar e controlar o menor, integrá-los socialmente ou promovê-los. As leis que antecedem a doutrina da proteção integral usavam essa prerrogativa como argumento ideológico que permitiu e reforçou o desenvolvimento pelo Poder Público de políticas públicas para o controle e contenção social. Esse procedimento separava as chamadas famílias incapazes dos menores corruptos levando-os do convívio familiar ou ao trabalho.

O olhar sobre uma nova ótica só foi capaz em razão dos diversos movimentos sociais e também com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990, com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), em 1993. Esses novos instrumentos provocaram uma ruptura em relação às concepções e práticas assistencialistas e institucionalizantes anteriores. A partir deste momento, a convivência familiar se tornou um princípio amplamente discutido e protegido.

Ao fazer uso de material literário e fílmico para evocar esse processo é possível compreender o horizonte histórico que o empenhou, superando os modos de compreensão da legislação como resultado de procedimentos formais.

Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que vai transformando a sua compreensão.⁴⁰

Tanto a literatura quanto o cinema constituem material denso e significativo para a análise do Direito e da realidade e também funcionam para ampliar o processo de compreensão sensorial de questões significativas para a sociedade em seu processo histórico. Esse constante

⁴⁰GADAMER, op. cit., p. 436.

contato permite uma experiência hermenêutica que serve de fundamento para a compreensão da legislação posta e também para a sua aplicação.

Referências

- AMADO, Jorge. *Capitães da areia*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- AMIN, Andréia Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ANDRADE, Celeste Maria Pacheco de. Os capitães da areia de Jorge Amado: histórias de vida na cidade da Bahia. *Amerika*, n. 10, 2014. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/amerika/4676>>. Acesso em: 12 mar. 2018.
- BAPTISTA, Myrian Veras. Algumas reflexões sobre o sistema de garantia de direitos. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 109, p. 179-199, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 jan. 2018.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Brasília, DF, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm?TSPD_101_R0=9f93a525569fdfa62bc6c34149d81665wX80000000000000003176eab3ffff00000000000000000000000005ae6768c00c3a91230>. Acesso em: 2 jul. 2017.
- _____. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- _____. *Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.
- _____. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- GADAMER, Hang-Georg. *Verdade e método*. Tradução Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. v. 2.
- HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Tradução Idalina Azevedo e Manuel Antonio Castro. São Paulo: Edições 79, 2010.
- _____. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.
- ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 17. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2016.
- MORIN, Edgar. *O cinema ou o homem imaginário*. Tradução Antonio-Pedro Vasconcelos. Lisboa: Grande Plano, 1997.
- NOVAES, Sylvia Caiuby. Imagem e ciências sociais: trajetória de uma relação difícil. In: BARBOSA, Andréa; CUNHA, Edgar Teodoro da; HIKIJI, Rose Satiko Gitirana (Org.). *Imagem-conhecimento: antropologia, cinema e outros diálogos*. Campinas, SP: Papirus, 2009. p. 35-59.
- PESAVENTO, Sandra Jatthy. O mundo como texto: leituras da história e da literatura. *História da Educação, ASPHE/FaE/UFPel*, Pelotas, n. 14, p. 31-45, set. 2003. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/asphe/article/viewFile/30220/pdf>>. Acesso: 12 nov. 2017.
- SAETA, Beatriz Regina Pereira; SOUZA NETO, João Clemente. A criança e o adolescente na sociedade brasileira. In: NASCIMENTO, Maria Leticia; SOUZA NETO, João Clemente de (Org.). *Infância, violência, instituição e políticas públicas*. São Paulo: Expressão e Arte, 2006. p. 17-41. p. 27.

THÉRY, Irène. Novos direitos da criança: a poção mágica? In: ALTOÉ, Sônia (Org.) *A lei e as leis: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2007.

Obras consultadas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, out. 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em 2 jul. 2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Brasília, DF, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. *Lei nº 4.513, de 1º de Dezembro de 1964*. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Brasília, DF, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 2 jul 2017.

_____. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Brasília, DF, 1979. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm> Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. *Decreto nº 9.909, de 04 de julho de 1966*. Institui a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – FEBEM – e aprova seu estatuto. Belo Horizonte, MG, 1966.

_____. *Lei nº 4.177 de 18 de maio de 1966*. Autoriza o Poder Executivo a instituir a Fundação do Bem-Estar do Menor, mediante a incorporação do patrimônio do departamento social do menor. Belo Horizonte, MG, 1966.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Resolução nº 109, de 11 de novembro 2009*. Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/suas/noticias/resolucao_cnas_no109_-_11_11_2009_-_tipificacao_de_servicos.pdf> Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Brasília, DF, 2006.

GAMA, Anne M. S. A marginalização social em Salvador na obra *Capitães de Areia* de Jorge Amado. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA, 6., 2013, Maringá, PR. *Anais...* Maringá, PR: Universidade Estadual de Maringá, 2013. v. 1. p. 1-11.

MINAS GERAIS (Estado). *Lei nº 11.819, de 31 de março de 1.995*. Cria a secretaria de estado da criança e do adolescente, reestrutura a secretaria de estado de esportes, lazer e turismo e dá outras providências. Belo Horizonte, MG, 1995. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=11819&ano=1995>>. Acesso em: 20 nov. 17.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. *História & História Cultural*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006. (História & Reflexões).

Filmografia

O CONTADOR de Histórias. Direção de Luiz Villaça. Brasil, 2009, 1CD. (35mm, 100’).

LION – Uma Jornada Para Casa. Direção de Garth Davis. Austrália, Reino Unido, EUA. 2016, 1CD (35mm, 118’). Disponível em: <<http://lionmovie.com/>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

A parentalidade no direito homoafetivo brasileiro

MÁRCIA MARIA MENIN

Advogada. Mestre em direito civil pela Universidade de São Paulo. Professora de direito civil do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

GABRIELA CASTILLIERI

GUILHERME BARTHOLOMEU

ISABELA ZATTI PERIN

LUIS AUGUSTO GUAREIS DOS SANTOS

Graduandos do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: A instituição familiar passa por diversas transformações na sua forma de ser e de se constituir, trazendo consigo, especialmente nas últimas décadas, as famílias homoparentais, que têm ganhado destaque em debates e em grandes mídias sociais, devido a sua característica considerada incomum quando comparadas a outras famílias: a presença de duas pessoas de mesmo sexo cuidando de uma criança. Neste sentido, a presente pesquisa tem por objetivo apresentar e discutir a forma como a homoparentalidade tem sido concebida e representada pelo meio social, bem como as possibilidades de exercer este papel, seja através da adoção como da reprodução assistida, e suas contribuições para a sociedade e para o conceito de família em nosso país.

Palavras-chave: Família homoparental. Homossexualidade. Família. Adoção. Reprodução assistida.

Abstract: The family institution undergoes several transformations in its way of being and of being constituted, bringing with it, especially in the last decades, homoparental families, which have gained prominence in debates and in great social media, due to its characteristic considered unusual when compared to other families: the presence of two people of the same sex taking care of a child. In this sense, the present research aims to present and discuss how homoparentality has been conceived and represented by the social environment, as well as the possibilities of exercising this role, either through adoption or assisted reproduction, and its contributions to society and for the concept of family in our country.

Keywords: Homoparental family. Homosexuality. Family. Adoption. Assisted reproduction.

Introdução

O Direito de Família vem passando por grande evolução ao longo do tempo, partindo-se de uma concepção de parentalidade completamente restritiva até se apresentar, nos dias atuais, em um modelo mais moderno e flexível, baseado não somente no reconhecimento do valor jurídico do afeto, fator relevante da composição familiar e fundamento da relação de parentesco.

A Constituição Federal de 1988 que privilegia o exercício da liberdade e o respeito à dignidade do indivíduo, ao tratar de formação familiar não faz qualquer distinção às formas de relações, razão pela qual é totalmente inconcebível permanecer na marginalização de casais que fogem dos antigos parâmetros patriarcais e heterossexuais, com destaque aos casais homoafetivos.

A família contemporânea vem se renovando e assumindo o seu papel de destaque dentro da sociedade. Todavia, não pode ela ser encarada como mera ficção, mas sim por um fato natural, partindo-se da premissa de que é uma estrutura sólida em que cada integrante possui um lugar definido, independentemente de qualquer orientação sexual ou vínculo biológico.

Nos últimos anos, as novas concepções familiares estão caracterizadas por ideais de

afetividade, o que provoca um repensar de valores na sua interpretação jurídica. Com este vínculo afetivo em destaque, protegido pela Constituição Federal, verifica-se que as relações de afeto entre casais, assim como entre pais e filhos, devem ser construídas pelo amor, respeito e solidariedade, corroborando o que seria a paternidade e a maternidade responsável.

Assim, o propósito deste trabalho será abordar, a partir de uma perspectiva histórica, social e jurídica, a homoparentalidade. Com base em normas já existentes, com destaque da própria Constituição Federal, além de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, será possível demonstrar que as uniões entre pessoas do mesmo sexo podem compor uma entidade familiar em observância ao princípio da não-discriminação em razão da orientação sexual, sendo-lhes assegurado direito a concretização do projeto parental seja por meio da adoção ou por meio das técnicas de reprodução medicamente assistida.

Evolução do conceito de família

Diversas transformações na sociedade, ainda que vagarosamente, ocasionaram uma flexibilização do conceito de família. As estruturas de convívio da entidade familiar passaram a ter como elemento formador os laços de afetividade que unem os seus integrantes, dando espaço a novos modelos familiares caracterizados pelos valores humanos, tais como a dignidade da pessoa e a solidariedade, entre eles a união homoafetiva, objeto do presente estudo.

Como salienta Matos¹, a homossexualidade fez parte da história nos mais diversos contextos e culturas, transitou em todas as classes sociais e está presente na sociedade, independentemente da época ou do lugar. Entretanto, o preconceito pode ser observado em diversos segmentos, seja através da religião, da medicina, da psicologia e até mesmo através da proibição da homossexualidade pelo sistema legal de alguns países conservadores. Ainda há grande rejeição social às questões que envolvem a homossexualidade, sendo ela condenada à marginalidade e à clandestinidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional.

Com o intuito de desmistificar paradigmas preconceituosos e compreender a homossexualidade, a medicina tomou importante iniciativa e, em 1973, por intermédio da Sociedade Americana de Psiquiatria, retirou a homossexualidade da lista de transtornos mentais. Nesse mesmo sentido, a Resolução n° 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia, dispôs que a homossexualidade não constitui qualquer tipo de doença, distúrbio ou perversão, e que a psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para melhores esclarecimentos sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações².

Em 1988, com o advento da Constituição Federal, valores como o de uma sociedade fraternal, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social³, foram consagrados já no preâmbulo e cunhados como norte das relações jurídicas. Ademais, a Carta Magna em seu artigo 226 inseriu na definição de entidade familiar a união estável e a família monoparental,

¹MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental à família substituta. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Org.). *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1. p. 284-304.

²CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução CFP n° 001/99 de 22 de março de 1999*. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Brasília, DF, 1999.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

ampliando o conceito de família para além do casamento.

Nesse sentido, Dias⁴ afirma que a Constituição, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, apresentou um novo conceito de entidade familiar, albergando outros vínculos afetivos.

No artigo 5º da Carta Constitucional estão dispostos diversos direitos e garantias fundamentais, enfatizando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O artigo 3º, inciso IV, garante que é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importando de que ordem ou de que tipo. Desta forma, é certo que qualquer ato discriminatório, ofensivo ou vexatório baseado na orientação sexual do indivíduo consiste em claro desrespeito às normas constitucionais, violando princípios consagrados como a dignidade humana, a liberdade e a igualdade.

O exercício da sexualidade não deve ser objeto de infundados preconceitos e tratamentos diferenciados, pois se trata de um direito personalíssimo assegurado pela liberdade de expressão de cada indivíduo e pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Assim sendo, Dias⁵ ensina que:

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual e a liberdade da livre orientação sexual. O direito ao tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a sua dignidade. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outro direito fundamental.

A homossexualidade é um fato social que sempre existiu e não pode ser reprimida, mesmo sabendo que é objeto de grandes discussões e controvérsias. A união entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não esteja expressamente assegurada no ordenamento legal, configura uma entidade familiar e merece a devida proteção do Estado, pois é inquestionável que o vínculo estabelecido entre os parceiros homoafetivos gera direitos e deveres que não podem ser ignorados e nem ficarem à margem da lei. A legislação deve acompanhar as mudanças da nossa sociedade, como forma de garantir proteção aos direitos de todos os cidadãos de forma satisfatória. É o que afirma Souza⁶:

Assentado que o ambiente familiar é o espaço para que seus membros desenvolvam sua personalidade e suas potencialidades, já que a instituição da família não mais representa um fim em si mesma, e considerando que a sexualidade é um dos componentes da personalidade, conclui-se que a orientação sexual está sob o pálio da garantia constitucional dos direitos da personalidade e, por consequência, deve o Estado estender sua proteção às uniões homossexuais enquanto entidades familiares.

⁴DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. *Bagoas*: revista de estudos gays, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, v. 2, n. 3, p. 39-63, jul./dez. 2008. p. 42.

⁵Ibid., p. 43-44.

⁶SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 13, n. 52, p. 141-165, 2010. p. 153.

Diante do silêncio do legislador em relação às uniões homoafetivas, diversos casais bateram à porta do Poder Judiciário para reivindicarem direitos e obterem não só o reconhecimento legal de suas relações, mas também o reconhecimento de direitos sucessórios, previdenciários e alimentícios decorrentes da convivência entre os parceiros. A partir de então, Tribunais por todo o país foram acionados para resolverem tais questões e a maioria têm se mostrado favorável ao reconhecimento das relações como uniões estáveis, desde que estejam configuradas na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecidas com o objetivo de constituição de família. Como forma de suprir essa lacuna legislativa, os juízes têm recorrido à analogia, adotando uma interpretação teleológica.

Dias⁷ afirma que “a Justiça não é cega nem surda. Também não pode ser muda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social, os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam e coragem para dizer o Direito em consonância com a Justiça”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 1999, foi o primeiro a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, também definindo que a competência para apreciar as ações referentes à união de pessoas do mesmo sexo seria das Varas de Família.

Em 2000, houve a edição da Instrução Normativa n° 25/2000 do INSS⁸, que assegura a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Por conseguinte, Tribunais Superiores proferiram decisões não só reconhecendo a união estável homoafetiva, mas também deferindo pedidos de adoção a parceiros homossexuais e garantindo a divisão do patrimônio adquirido ao parceiro sobrevivente.

Validando o que a doutrina e a sociedade reivindicavam, em 2011 houve um histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, com efeito vinculante e de eficácia contra todos, acolhendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4277⁹ e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 132¹⁰, e reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis.

A partir desta importante decisão, o Superior Tribunal de Justiça passou a deferir a habilitação direta para o casamento, já que seriam aplicadas as mesmas regras dispostas aos heterossexuais que vivem em união estável para os parceiros homoafetivos. Com isso, a fim de uniformizar os procedimentos de habilitação e conversão de união estável em casamento, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n° 175¹¹ autorizando definitivamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo e determinando que é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, sob pena de imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis em caso de desobediência.

Por fim, com o propósito de elaborar um projeto legislativo para incluir a população

⁷Op. cit., p. 61.

⁸BRASIL. *Instrução Normativa INSS/DC n° 25, de 07 de junho de 2000*. Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Brasília, DF, 2000.

⁹A ADI 4277 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

¹⁰Na ADPF 132 o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

¹¹BRASIL. *Resolução CNJ n° 175, de 14 de maio de 2013*. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF, 2013.

LGBTI no âmbito da tutela legal, foi formalmente entregue no dia 23 de agosto de 2011 o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual¹² ao Presidente da OAB, Ophir Cavalcante, a ser submetido ao Conselho Federal.

O Anteprojeto do referido Estatuto foi elaborado a muitas mãos. Contou com a efetiva participação das mais de 100 Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB. Além de consagrar princípios, traz regras de direito de família, sucessório e previdenciário e criminaliza a homofobia. Aponta políticas públicas a serem adotadas nas esferas federal, estadual e municipal, além de propor nova redação dos dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser alterados.

Recentemente, no dia 23 de novembro de 2017, a presidente da Comissão Especial de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Maria Berenice Dias, entregou à presidente da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), senadora Regina Sousa (PT-PI), sugestão de projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e de propostas de Emendas Constitucionais. Ao longo de seis anos, em apoio ao projeto, foram colhidas 100 mil assinaturas, com o objetivo de promover a igualdade sexual e coibir os crimes contra homossexuais.

Desta forma, partindo desta evolução histórica do próprio conceito de família, bem como do reconhecimento das uniões homoafetivas com todos os direitos e deveres inerentes, é preciso perceber a necessidade concreta da edição de normas específicas e protetoras àqueles que, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, também são pessoas detentoras de dignidade. Certamente é a forma mais eficaz para que o segmento, ainda refém do preconceito e da discriminação, obtenha respeito e inserção social.

Filiação homoparental pela adoção

A adoção é o instituto jurídico através do qual uma criança é inserida em uma família substituta, pois, por alguma razão, não pôde permanecer no seio originário, seja por vontade dos pais biológicos ou em decorrência da falta de cuidado que se exige do poder familiar com os seus filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei n° 8.069/90, que tem por princípio promover o melhor interesse da criança, tutelando a educação, o desenvolvimento e a criação do adotando, disciplinou, em seu artigo 39 e seguintes, os requisitos necessários para que a adoção seja concedida ao casal ou à pessoa que pretende adotar.

São eles: ser maior de 18 anos, independentemente do estado civil; se a adoção for em conjunto, o casal deve estar unido pelo casamento ou união estável e comprovar a estabilidade da família; ser, pelo menos, 16 anos mais velho que o adotando; a adoção deve apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos; e exige período de estágio

¹²O Anteprojeto Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero institui o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero e altera o art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.656/1942); os arts. 10, 551, 1.240, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.597, 1.642, 1.664, 1.723, 1.726 e 1.727 do Código Civil (Lei 10.406/2002); arts. 21, 29, 57, 58, 70 e 109 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973); arts. 42 e 140 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990); art. 3º da Lei 8.560/1992; arts. 5º, 320, § 3º, 392-A e 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943); arts. 16, 18, 25, 26, 28, 39, 71, 71-A, 72, 73, 110 e 124 da Lei que regula os Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/1991); arts. 3º, 5º, 16, 25, 29, 30, 31, 60, 65, 93, 93-A, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 102, 120, 162 e 167 do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/1999); arts. 184, 196, 199, 208, 209, 210 e 241 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (Lei 8.112/1990); art. 1º da Lei 9.029/1995; art. 77 do Dec. 3.000/1999, que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza; art. 55 da Lei 6.815/1980; arts. 61, 121, 129, 140 e 288 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940); art. 448 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941); art. 41 da Lei das Execuções Penais (Lei 7.210/1984); arts. 232 e 235 do Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/1969); art. 69-A do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/1980); arts. 1º, 3º, 4º, 8º e 20 da Lei do Racismo (Lei 7.716/1989); bem como a revogação da Lei que cria o Programa Empresa Cidadã (Lei n° 11.770/1978).

de convivência por determinado período.

Cumpridos referidos requisitos, a adoção deve ser deferida pelo juiz da infância e juventude ao adotante, que receberá a criança sujeita de direitos e deveres garantidos e que em nada se diferenciara de um filho biológico que porventura o adotante tenha ou venha ter, pois a filiação por adoção não diverge em nada de qualquer outro meio de filiação.

Conferida a adoção, o juiz não retira somente uma criança dos institutos coletivos inserindo-a em um lar, mas permite que a sua dignidade seja respeitada e garantida, recebendo todo o amor, carinho, cuidado e educação que lhe são inerentes e que, por um infortúnio da vida, foram-lhe retirados por certo tempo.

Importante considerar também que um casal ou uma pessoa que busca a adoção deseja constituir uma família, construir e manter um laço de afeto com uma criança, exercendo o direito de filiação garantido pela Constituição Federal de 1988. Contudo, em primeira análise, é preciso perceber que estes também são os anseios dos casais homoafetivos, uma vez que a intenção de constituição familiar é a mesma, seja qual for a opção sexual de cada um.

Por muito tempo no Brasil, a adoção não era concedida ao casal homoafetivo, embora cumpridos todos os requisitos legais elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa recusa, encoberta de olhares e sentimentos preconceituosos e discriminatórios, era acompanhada por discursos vagos que tentavam fundamentar, sem êxito, a decisão que negava ao casal os seus direitos de filiação e de constituir família.

As justificativas eram das mais variadas, como a omissão legislativa quanto à possibilidade de concessão da adoção a casais homoafetivos, ou ainda que estes casais não conferissem ao adotando uma mãe e um pai, podendo prejudicar o desenvolvimento e a orientação da criança. Além disso, a negativa mais utilizada estava relacionada ao preconceito, ao afirmar que o menor seria alvo de diversos problemas em sua vida social por ter duas mães ou dois pais.

Todas essas tentativas de obstar a concessão da filiação homoparental desmoronariam se o operador do direito e a sociedade limpassem o olhar e se esvaziassem do preconceito e da discriminação enraizada, olhando para os adotantes além da sua orientação sexual, e colocando em questão somente a intenção de formação de novas famílias e o princípio do melhor interesse da criança e da afetividade.

Portanto, a condição do casal ser homoafetivo em nada deve interferir para a concessão da adoção, uma vez que a heterossexualidade ou a homossexualidade não são requisitos para o deferimento. Na verdade, são apenas óbices impostos pela sociedade, que insiste em existir e privar seres humanos de seus direitos básicos.

Ademais, o papel da mãe ou do pai não é exercido exclusivamente pela mulher e pelo homem, respectivamente. Ser mãe ou pai não está relacionado com o sexo, e sim à afetividade, como bem já demonstrou os estudos de psicologia e formação humana.

Neste sentido, Isabella Cristo¹³ afirma:

A entidade materna e paterna está relacionada com o poder e com a hierarquia estabelecidos com os filhos e não necessariamente à figura feminina e masculina. Portanto, se há relação parental entre os pais/mães e filhos, haverá a função da maternidade e da paternidade.

¹³CRISTO, Isabella. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança. Publicação: 10/06/2015. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em 15 de novembro de 2017. p. 10-11.

Já Souza e Ferreira¹⁴ acentuam que “o fundamental para a criança e o adolescente é que haja alguém para desempenhar as funções materna e paterna, que não estão ligadas ao sexo daquele que as exerce”. Rolf Madaleno¹⁵ defende que a adoção deve ser deferida ao casal homoafetivo, pois o papel de mãe e de pai não estão definidos pelo gênero, pela genética dos ascendentes, mas pela conduta e pelo modo de educar, e que a criação por dois pais ou mães não causa prejuízo algum quanto à orientação sexual da criança.

Quanto ao preconceito que a criança poderia ser alvo, Cristo¹⁶ afirma que os pais ou mães devem revelar sua orientação sexual à criança o mais cedo possível, a fim de prepará-la para combater tal preconceito que ainda assola a sociedade. E ainda:

[...] não é a orientação sexual dos adotantes que determina o caráter ou a sua capacidade de criar e educar uma criança, o que de fato deve ser observado é a possibilidade de crianças e adolescentes usufruírem de um lar estruturado no afeto, respeito e solidariedade.

Embora todas as tentativas protelatórias de negar a adoção fossem contestadas com grande fundamentação, insistiam os magistrados pelo indeferimento do pedido, privando-os do direito a filiação homoparental e de constituição de uma família.

Como solução, divergindo da realidade vivida por eles, um dos companheiros acabava requerendo a adoção de forma exclusiva, como se fosse uma família monoparental. Porém, com o registro contendo apenas o nome deste adotante, quando na verdade a parentalidade é exercida pelo casal, a criança acaba por perder todos os seus direitos sucessórios e alimentícios em relação ao outro companheiro que não a adotou formalmente.

Ou seja, em caso de falecimento do pai/mãe que registrou a criança pela adoção, o outro companheiro não terá direito a sua guarda, a qual ficaria novamente desamparada, quando, na realidade, o afeto e a paternidade/maternidade eram exercidos por aquele que ficou.

Por fim, é importante considerar que lei alguma proíbe casais homoafetivos exercerem seu direito de filiação através da adoção, pois a própria Constituição Federal vedou qualquer forma de preconceito e discriminação oriunda de orientação sexual ou qualquer outra espécie.

Ademais, o que se deve analisar para que a adoção seja concedida é o melhor interesse da criança, a fim de que todos os seus direitos sejam garantidos e que tenha oportunidades de inserção em uma família que conceda um lar, amor, afeto, carinho e educação.

No Brasil, o número de crianças disponíveis para a adoção é inferior ao número de pessoas que desejam adotar. Isso se dá porque quem deseja adotar tem preferências por crianças com características específicas, ocasionando filas intermináveis e dolorosas nos institutos coletivos (orfanatos). Essa realidade poderia se inverter caso as adoções fossem deferidas a casais homoafetivos que, muitas vezes, não têm nenhuma preferência ou características de escolhas.

Filiação homoparental pela reprodução medicamente assistida

A Procriação Medicamente Assistida (PMA), também conhecida como Reprodução

¹⁴SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais homoafetivos. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009, p. 87.

¹⁵MADALENO, Rolf. Os efeitos jurídicos da homoparentalidade. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Org.). *Manual do Direito Homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 305-328. p. 321-323.

¹⁶Op. cit., p. 16.

Medicamente Assistida (RMA), é o termo utilizado para a fecundação via laboratorial, utilizando técnicas que possibilitam a reprodução humana sem o ato sexual propriamente dito.

Ao longo de muitos anos, esta técnica foi utilizada por casais que eram considerados inférteis ou com dificuldades de obterem filhos. Contudo, atualmente, a ideia está sendo adotada por casais do mesmo sexo, gerando a possibilidade de filiação nessas famílias que, anteriormente, só tinham a opção da adoção.

Antes de entrar na questão da filiação homoparental, objeto do presente estudo, é importante fazer uma análise sobre a posição do legislador quanto às presunções de paternidade. O Código Civil Brasileiro, através do artigo 1597, aduz que:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A partir do dispositivo da Lei, é perceptível que são presumidos os filhos advindos de procriação natural ou via artificial. Porém, como não houve uma especificação quanto aos casais homoafetivos nessas presunções, gerou-se, a princípio, uma exclusão da possibilidade artificial para essas pessoas, o que reforça a ideia da necessidade de uma positividade efetiva no âmbito familiar para que, mesmo amparado por ideais constitucionais, não se criar nenhum tipo de exclusão futura por conta de mudanças interpretativas.

As possibilidades de PMA são variadas, entretanto, a mais utilizada por casais homoafetivos é a heteróloga, aquela em que ocorre a doação por terceiro anônimo de material biológico ou a doação de embrião por casal anônimo. Perceba que a reprodução humana heteróloga pode ser unilateral (material genético de um doador) ou bilateral (material genético de dois doadores ou doação de embrião).

No que se concerne à Constituição Federal, possuindo um viés que insere e não discrimina, a interpretação é de que o artigo 226 não restringe mais o conceito de família, sendo interpretado de maneira ampla. A estrutura familiar homoafetiva, por muito tempo, não era reconhecida pelos Tribunais, em razão das fundamentações religiosas, morais e sociais, o que ainda ocorre de forma constante, porém sem interferência direta e explícita no campo jurídico.

Na falta de legislação vigente a respeito do assunto, recorre-se a preceitos constitucionais, como por exemplo, o respeito à dignidade humana, pois, com o impedimento a casais homoafetivos de gerarem - via laboratório - ou adotarem filhos, pressupõe-se que não são capazes de tal feito, o que não é real, ferindo essa dignidade.

Isto é, mesmo não havendo uma positividade das entidades familiares e suas relações de parentesco para famílias homoafetivas, parte da doutrina e jurisprudência entende que, a partir do momento em que a união estável homoafetiva é reconhecida como entidade

familiar pelo Supremo Tribunal Federal, via *erga omnes*, e, posteriormente, reconhecido o casamento homossexual pelo Conselho Nacional de Justiça através da Resolução nº 175, as possibilidades da filiação homoparental tornam-se efetivas no campo jurídico. Ademais, todos os resguardos e possibilidades atribuídas a casais heterossexuais deverão ser fornecidas a casais do mesmo sexo, incluindo possibilidade de obterem filhos por meio artificial.

A problemática do assunto se explana, principalmente, na opinião pública, uma vez caracterizada pelo preconceito de grande parte da sociedade brasileira em ver estes casais possuindo a chance de terem filhos, por exemplo, no caso de dois homens, utilizando barrigas de aluguel.

Muitos questionamentos são levantados acerca da possibilidade de repressão futura que essa criança poderia possuir em seu círculo social, além da falta de uma das figuras paternas ou maternas, tendo em vista não possuir tal diversidade. Conforme afirmado anteriormente, tais fatos foram superados a partir de pesquisas e declarações do Conselho Federal de Psicologia, que admite não existir nenhum prejuízo à criança não possuir diversidade nas figuras paternas, tendo em vista que novas conjunturas familiares são válidas e devem ser inseridas socialmente, pois o conceito de família não se aplica somente às pessoas que fornecem material genético para a procriação.

Há dúvidas a respeito da possibilidade da criança conhecer ou não futuramente o terceiro doador de gametas para sua fecundação. Tendo em vista que a jurisprudência vem adotando o critério afetivo para designar o que é considerado família, e que o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução 2.121/15 expressa a proibição da revelação de doadores e receptores, não se pode classificar o doador de material genético como responsável pela paternidade da criança. Desta forma, será abstraída qualquer responsabilidade legal que poderia haver, deixando-a a encargo dos pais que registrarão e cuidarão do filho, porquanto a estes será deferido o vínculo jurídico decorrente da filiação. Observa-se, portanto, que em alguns casos, a parentalidade socioafetiva se sobrepõe à biológica, seja de uma das partes ou das duas.

Em momento anterior ao ano de 2016, o registro de crianças providas de procriação medicamente assistida só era permitido via decisão judicial. Isso mudou em razão do Provimento nº 52, de 14 de março de 2016, emitido pelo Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a emissão de certidões de nascimento para esses recém-nascidos, independentemente de serem provenientes de pais heterossexuais ou homossexuais.

Contudo, esse provimento do CNJ se chocava com a Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, pois a mesma assegurava o sigilo dos doadores, enquanto o provimento possibilitava a identidade, caso recorrida, dos que haviam fornecido material genético para a realização da PMA. Esse choque gerou impasses em decisões jurisprudenciais durante o tempo em que o provimento fora vigente.

Isso mudou apenas com a publicação do Provimento nº 63, de novembro de 2017, em que o Conselho Nacional de Justiça revogou o anterior e, a partir de agora, as normas se complementam, não podendo o oficial de registro civil exigir a identificação do doador de material genético para a realização do documento de registro de nascimento da criança, ainda permanecendo proibida a negação do reconhecimento e formulação desse documento para pessoas nascidas por meio da técnica.

Ademais, a paternidade e maternidade socioafetiva são autorizadas por meio de reconhecimento voluntário perante os oficiais de registro civil. Isso gera mais segurança jurídica e maior inclusão para essas pessoas que não possuem positividade expressa para ter seus direitos resguardados.

Conclusão

As famílias homoparentais devem ser, portanto, vistas como uma das possibilidades de construção familiar atual, fato que deverá ocorrer em virtude da estrita obediência ao princípio constitucional da igualdade entre entidades familiares, assim como o direito a concretização do projeto parental do par homoafetivo também deverá ser juridicamente considerado.

No entanto, ainda existem entendimentos contrários à homoparentalidade, fundados tão somente na orientação sexual dos adotantes e que refletem em preconceito infundado e concepções morais que ferem a dignidade humana. Entretanto, os Tribunais e os operadores do direito não podem fechar os olhos a esta realidade, pois tais entidades, assim como as demais, devem ser vistas como reais relações da sociedade atual.

Assim, em que pese a legislação ser ainda precária e existirem alguns problemas, como o acesso à adoção ou às técnicas de reprodução medicamente assistidas, o avanço é diário e benéfico em todas as áreas da sociedade. Por isso a sociedade brasileira aguarda ansiosa pela edição de novas leis que regulem a filiação homoparental, pois se trata da proteção da própria vida humana, protegida constitucionalmente, e de exercício de vários princípios constitucionais, como a igualdade, no que tange à filiação e a formação de família, e da felicidade, princípio implícito da ordem constitucional brasileira que busca estabelecer a ordem e o progresso do país em um contexto de bem-estar social, sobretudo para as famílias brasileiras, nas suas mais variadas formas de ser.

Referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.
- _____. *Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 07 de junho de 2000*. Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Brasília, DF, 2000.
- _____. *Resolução CNJ nº 175, de 14 de maio de 2013*. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF, 2013.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução CFP nº 001/99 de 22 de março de 1999*. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Brasília, DF, 1999.
- CRISTO, Isabella. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança. Publicação: 10/06/2015. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 15 nov. 2017. p. 10-11.
- DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. *Bagoas: revista de estudos gays*, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, v. 2, n. 3, p. 39-63, jul./dez. 2008.
- MADALENO, Rolf. Os efeitos jurídicos da homoparentalidade. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Org.). *Manual do Direito Homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 305-328.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental à família substituta. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Org.). *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1. p. 284-304.

SOUZA, Albert Einstein Valente de; FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. Adoção por casais homoafetivos. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, ano 57, n. 381, p. 65-90, jul. 2009.

SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 13, n. 52, p. 141-165, 2010.

Repercussões práticas das novas famílias na pós-modernidade

MÁRCIA MARIA MENIN

Advogada. Mestre em direito civil pela Universidade de São Paulo. Professora de direito civil do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). E-mail:marciamariamenin@gmail.com

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Sucessões pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

GUILHERME LUIZ RIBEIRO

LARA SOUZA DOTI

LUIZI AGUIAR

MARICI FONSECA PIRES

THALES HENRIQUE DOS SANTOS

YURI MARTINS

Graduandos do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente trabalho científico tem como objeto a análise das repercussões práticas das novas entidades familiares reconhecidas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela atividade jurisdicional. O ordenamento jurídico é moldado apenas para regulamentar alguns tipos de famílias, estando em descompasso com a atual conjuntura social e do direito de família. Certos efeitos jurídicos decorrem da análise do caso concreto pelos órgãos jurisdicionais.

Palavras-chave: Contemporaneidade. Famílias. Efeitos jurídicos.

Abstract: The objective of the scientific work is to analyze the practical repercussions of the new family entities, recognized after the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and the jurisdictional activity. The legal system is shaped to regulate some types of families, being in disagreement with the current conjuncture social and family law. The legal effects derive from the examination of the specific case by the courts.

Keywords: Contemporaneity. Families. Legal effects.

Introdução

O direito de família moderno sofreu diversas alterações após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diferentemente da legislação anterior, o ordenamento jurídico hodierno tem caráter inclusivo que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, instrumentalizou a família para que seja possível a busca da felicidade de seus membros, bem como sua realização existencial. A consequência desse novo paradigma é o reconhecimento de diversos arranjos familiares, deixando o casamento de ser o único modelo de família reconhecido pelo Estado.

Entretanto, a codificação atual é moldada para atender um número reduzido de famílias, notadamente a matrimonializada ou “nuclear”, composta pelo tripé mãe, pai e filho. O Estado, há anos, tem deixado à margem da regulamentação diversos arranjos familiares.

Nesse cenário, diante da inércia do Poder Legislativo, para que certos efeitos jurídicos oriundos de entidades familiares reconhecidas se operem, as pessoas buscam o Poder

Judiciário, por meio do direito de ação. Pode-se dizer que o direito de família tem evoluído substancialmente por conta dos decisórios e dos precedentes judiciais. O presente artigo visa, portanto, apresentar a diversidade dos novos modelos de família reconhecidos após o advento da atual Constituição Federal e suas repercussões práticas atinentes aos efeitos jurídicos.

Breve esboço histórico do direito de família brasileiro

O direito de família brasileiro pode ser marcado por três períodos históricos, quais sejam: religioso, laico e igualitário.

O período religioso tem início no período colonial e fim no primeiro ano da República. Pautava-se primordialmente num modelo patriarcal, isto é, os membros da família deviam obediência à figura equivalente ao *pater familias*, em vista da forte influência do direito romano. Nesse momento, o direito canônico foi a grande influência das regras que regiam a família, mormente pelo catolicismo implantado por Portugal desde o início da colonização do Brasil, razão pela qual o matrimônio foi instituído como a única forma de entidade familiar.

No segundo plano, o direito de família laico surgiu com o Brasil República, a partir de 1889, perdurando até o advento da Constituição Federal de 1988, com o direito de família igualitário. A principal característica do período laico deu-se com a subtração do direito canônico sobre as relações familiares. Entretanto, a legislação anterior teve grande influência nesse período, vez que o casamento ainda era a única forma de constituir família, tutelado por um arcabouço de regras que privilegiavam a perpetuidade do casamento, a fidelidade da mulher e privilégios para os homens. Neste cenário, a família era heterossexual, patriarcal, intangível e indissolúvel, visando tão somente a segurança patrimonial, a procriação e a hierarquia entre seus membros. O modelo familiar, portanto, embasava-se num instituto jurídico (casamento). Ressalta-se que o Código Civil de 1916 contemplava tal modelo.

Por conta da rigidez legal, ocorreu um grande fenômeno durante o século XX: a família informal foi, aos poucos, ganhando espaço na comunidade, mesmo sem o reconhecimento do Estado. Mesmo com o preconceito social, a informalidade se tornou cada vez mais frequente. Pessoas que não podiam casar por conta da indissolubilidade do casamento e dos inúmeros requisitos para o decreto do divórcio começaram a se unir, mesmo sem os efeitos jurídicos de direito de família.

Tal quadro mudou com o advento da Constituição Federal de 1988. O Estado tirou diversos arranjos familiares da informalidade, reconhecendo, expressamente, a união estável e a família monoparental. O novo paradigma constitucional para a família é consubstanciado pela (i) dignidade da pessoa humana; (ii) igualdade e solidariedade entre os membros da família; (iii) proteção para os considerados “vulneráveis”, como a criança, adolescente, idoso, ratificada nos seus Estatutos que adentraram no ordenamento jurídico tempos depois; (iv) livre escolha do planejamento familiar; (v) não classificação entre os filhos havidos dentro ou fora da sociedade conjugal, (vi) intervenção mínima do Estado nas relações familiares, dentre tantos outros. Ademais, ao longo da vigência de nossa Constituição, também foram edificados outros importantes princípios, como a pluralidade das entidades familiares e a afetividade.

Todos esses princípios constroem um direito de família inclusivo e instrumental, servindo às pessoas como um meio de busca da felicidade, suas realizações pessoais e existenciais.

O Estado deixou de ser o regulador implacável de outrora, atuando, agora, apenas para a proteção da família. É o que se passou a denominar de família “*eudemonista*”. Tal conceito é extraído da expressão “*eudaimonia*”, da clássica obra de Aristóteles, “*Ética a Nicômaco*”¹, que significa, em sua literalidade, “em boa (=eu) situação no que se refere a daimons (demônios ou espíritos)”².

Essa, portanto, é a família constitucionalizada: um instrumento de busca da felicidade e de realizações existenciais.

As diversas entidades familiares na pós-modernidade

O artigo 226 da Constituição Federal apresenta alguns modelos de entidades familiares. Contudo, não é exaustivo. Nesse sentido, segundo Dimas Messias de Carvalho, tais modelos previstos na Constituição expressamente “são apenas exemplificativos, por serem os mais comuns, exigindo-se atualmente uma visão pluralista dos arranjos familiares diante da liberdade de escolha e do planejamento familiar”³.

O primeiro modelo elencado no mencionado dispositivo constitucional é o casamento, entendido pela legislação como “*comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”, conforme determina o artigo 1.511 do Código Civil. A característica marcante deste modelo familiar concerne aos requisitos para sua celebração, compreendido na habilitação dos nubentes e, após, a celebração formal. Não é objetivo do presente artigo o detalhamento dos dois procedimentos acima. O que se busca demonstrar é que o casamento é um ato formal, necessitando as partes atender a certas exigências legais, e que, ao final, é gerada certidão do registro. Tal certidão é a garantia da existência e validade do casamento, acarretando em maior segurança jurídica.

A Constituição Federal também reconheceu como entidade familiar a união estável, que, segundo o artigo 1.723 do Código Civil de 2002, é “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Deve-se ressaltar que tanto o casamento quanto a união estável podem ser constituídos por pares homoafetivos. Em 2011, a Suprema Corte reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo. Ao interpretar o artigo 226, §3º de nossa Carta Magna resta garantida sua conversão em casamento⁴. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁵ determinou que não poderia haver recusa de celebração de casamentos homoafetivos por parte das autoridades. Deste modo, fica claro que não se faz necessária a existência de uma união estável prévia para a celebração do casamento.

Outro modelo reconhecido pela Carta Constitucional é a família monoparental. Trata-se de arranjo familiar formado por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226 §4º).

Após a promulgação da Constituição Federal também foram reconhecidos outros modelos de família, a exemplo da família parental ou anaparental, concernente a relação de vínculo afetivo entre parentes em linha colateral (irmãos, por exemplo), ou ainda, pessoas

¹ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

²ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 108.

³CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 96.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132*. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Brasília, DF, 2011.

⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 175/2013*. Brasília, DF, 2013b. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

que não são parentes. Assim, “a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento de uma entidade familiar”⁶.

Outro modelo familiar reconhecido pelo Poder Judiciário é a denominada socioafetiva. Essa forma de família é estabelecida a partir do vínculo de filiação em que se faz presente a *posse de estado de filiação*, conjugando-se os seguintes elementos: (i) *tractus* (tratamento); (ii) *reputatio* (fama); e (iii) *nominatio* (nome)⁷. Trata-se do tratamento de mãe/pai e filho entre pessoas, reconhecida pela comunidade como tal.

Ressalta-se, ainda, que a filiação socioafetiva também pode se deflagrar de outras maneiras, tais como a filiação decorrente da inseminação artificial heteróloga, ou seja, por técnica de reprodução assistida em que o material genético é de terceiro⁸ e pela adoção civil. Paulo Lôbo aponta os dispositivos do Código Civil que tratam da parentalidade socioafetiva:

a) art. 1.593, para o qual o parentesco é natural ou civil, “conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. A principal relação de parentesco é a que se configura na paternidade (ou maternidade) e na filiação. A norma é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade; b) art. 1.596, que reproduz a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento (estes, os antigos legítimos), ou por adoção com os mesmos direitos e qualificações. O §6º do art. 227 da Constituição revolucionou o conceito de filiação e inaugurou o paradigma aberto e inclusivo; c) art. 1.597, V, que admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com utilização do sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. A origem exclusivamente da socioafetividade, jamais podendo ser considerada por ulterior investigação de paternidade; d) art. 1.605, consagrador da posse de estado de filiação, quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”. As possibilidades abertas com essa segunda hipótese são amplas. As presunções “veementes” são verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da situação de fato.⁹

Correlacionando ao modelo acima, foi reconhecida a família multiparental, entidade formada pelo duplo ou múltiplo vínculo de filiação, ou, ainda, *dual paternity*, na doutrina estrangeira. O Supremo Tribunal Federal firmou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, em sede de repercussão geral, a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”¹⁰. Ressalta-se que o CNJ emitiu o Provimento 63, em Novembro de 2017, possibilitando o reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade.

Outro modelo que tem surgido em nossa sociedade é a família coparental. Esse modelo é deflagrado por duas pessoas que desejam ter filhos, mas não assumir um relacionamento conjugal ou estável. Os esforços se compreendem na criação de filhos tão somente, seja pela adoção, pela via natural ou, ainda, pelas técnicas medicinais.

⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a. p. 154.

⁷TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 443.

⁸TARTUCE, op. cit., p. 410.

⁹LÔBO, Paulo. Parentalidade socioafetiva e multiparentalidade: questões atuais. In: SALOMÃO, Luís Felipe; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. Cap. 23. p. 598.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898.060*. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/09/2016. Brasília, DF, 2016b.

Há, ainda, a família mosaico, consistindo num arranjo familiar composto por um casal matrimonial ou convivencial e os filhos destes, oriundos de relacionamentos passados.

Ademais, também existe a família simultânea, concernente a existência de duas entidades familiares em concomitância, ou seja, quando há, entre elas, um membro em comum. Noutras palavras, um cônjuge ou um companheiro possui duas famílias, seja formada pelo casamento ou pela união estável. Tal modelo difere da família poliafetiva, caracterizada por um vínculo familiar formado por três ou mais cônjuges ou companheiros.

A ausência de regulamentação das novas entidades familiares

O direito brasileiro tem suas bases no direito romano, mais especificamente no sistema jurídico romano-germânico (*Civil Law*). O direito é derivado, em primeiro momento, da legislação; entretanto, o processo legislativo brasileiro caminha a passos curtos e demorados, enquanto que a sociedade vai se transformando cada vez mais rápido.

No tocante ao direito de família, que vem experimentando muitas transformações nos últimos trinta anos, principalmente quanto as formas de constitui-la, o Poder Legislativo não tem dado resposta. Diversos são os modelos de famílias que, paulatinamente, foram reconhecidos pelo Poder Judiciário. Entretanto, ainda não há regulamentação para essas famílias, o que impede a produção de diversos efeitos jurídicos imediatos. Contudo, nem todas as decisões formam precedentes obrigatórios, o que reforça ainda mais a necessidade de legislação específica, de cumprimento imediato (“*law enforcement*”).

Desta forma, Estado brasileiro necessita, portanto, cumprir os primados constitucionais atinentes ao direito de família e criar mecanismos que garantam os direitos incidentes em outras entidades familiares sem legislação específica, para entregar tutela jurídica adequada aos indivíduos.

Propostas legislativas para um novo direito de família: Estatuto das Famílias e Estatuto da Família

Como exposto, o Código Civil não foi estruturado para abranger todos os tipos de família, nem seus efeitos jurídicos. Por isso, há dois projetos de lei para tentar regulamentar essa situação: (i) Projeto de Lei nº 6.583/2013, do Deputado Federal Anderson Ferreira (PR/PE), reconhecido como “Estatuto da Família”; e (ii) Projeto de Lei nº 470/2013, da Senadora Lídice da Mata (PSB/BA), com o título de “Estatuto das Famílias”.

O Estatuto da Família tem postura mais conservadora. Para ilustrar tal assertiva, dispõe o artigo 2º que: “define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”¹¹. Percebe-se, desde logo, que a família, para esse Estatuto, deve ser compreendida por arranjos heterossexuais ou monoparental, em descompasso com o que tem sido sedimentado pelo Poder Judiciário.

Já o Estatuto das Famílias possui concepção pluralística, em consonância com o direito de família hodierno. Há um título específico para as entidades familiares, sem que sejam elencados rótulos. Apenas dispõe que “As pessoas integrantes da entidade familiar têm o

¹¹BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6.583/2013*. Deputado Federal Anderson Ferreira. Brasília, DF, 2013a.

dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família”¹².

As demais disposições dos referidos Estatutos caminham pelas diretrizes pelas quais foram construídos: de um lado, a família deve se limitar a três arranjos, com regramentos conservadores de outrora; de outro lado, buscou-se criar um arcabouço normativo para o direito de família com disposições plurais e integrativas, na mesma esteira do que vem decidindo o Poder Judiciário e da postura do Conselho Nacional de Justiça.

Repercussões práticas das novas famílias na pós-modernidade

Como dito, a ausência de regulamentação específica para as famílias reconhecidas pós-Constituição através do Poder Judiciário acarreta duras consequências para esses arranjos familiares. Os efeitos jurídicos não se operam de imediato, necessitando, na maioria das vezes, o exercício do direito de ação para buscar uma resposta estatal. Desta forma, o presente trabalho se concentrará na exposição de algumas das principais repercussões práticas do atual cenário do direito de família, tendo em vista as decisões judiciais a respeito, bem como algumas resoluções e provimentos do Conselho Nacional de Justiça.

Família monoparental

A família monoparental é reconhecida expressamente pela CRFB88; entretanto, não possui legislação específica, sendo-lhe aplicadas as normas previstas nos institutos do parentesco, da filiação e do exercício do poder familiar¹³.

No campo da jurisprudência, há efeitos jurídicos atinentes à família monoparental, a exemplo do enunciado da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça¹⁴. A *ratio decidendi* desse precedente consiste na proteção do direito à moradia, considerando família a pessoa solteira que reside sozinha num imóvel. Essa proteção deve recair aos imóveis habitados por núcleo familiar monoparental¹⁵.

No direito comparado, há Estados em que o ordenamento jurídico apresenta normas específicas para a família monoparental, notadamente no ramo assistencialista. Em artigo sobre a família monoparental, Jonabio Barbosa dos Santos e Morgana Sales da Costa Santos¹⁶ apresentam regulamentações estrangeiras sobre essa modalidade familiar.

Nos Estados Unidos da América há o programa social denominado AFDC (*Aid to Families with Dependent Children*), que atende principalmente núcleos familiares formados por um descendente e seus filhos. Neste caso, há a pensão estatal quando o salário do pai ou da mãe é insuficiente para as despesas dos descendentes¹⁷. A França conta com dois tipos de programas assistenciais voltados para a família monoparental. Existe o benefício denominado “*Abono de Sustento Familiar*” (ASF), garantido pela Caixa Nacional dos Abonos (CNAF), que beneficia crianças órfãs, que possuem um ou dois pais, crianças que não foram reconhecidas

¹²BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 470/2013*. Senadora Lídice da Mata. Brasília, DF, 2013c.

¹³LÓBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 82.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado da Súmula 364*. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27364%27>>. Acesso em: 12 fev. 2018a.

¹⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6. p. 519-520.

¹⁶SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 92, p. 1-30, out./2008 a jan./2009, p. 27.

¹⁷SANTOS; SANTOS, loc. cit.

nos termos da lei; também, aquelas cujo pai ou mãe, devedor de pensão, não tem condições de arcar com o montante integral¹⁸. Há, também, o benefício denominado “*Abono de Genitor Só*” (API), que é direcionado ao descendente só (homem ou mulher grávida) e tem como objetivo atingir a renda familiar mínima, servindo como complemento da renda familiar¹⁹.

Família recomposta ou reconstituída

A família reconstituída ou recomposta também carece de regulamentação específica para certas situações jurídicas, em que pese sua estrutura complexa.

Poucas são as disposições presentes no ordenamento jurídico brasileiro que incidem sobre a entidade familiar em comento, tal como o artigo 1.595, que estabelece o vínculo de parentesco por afinidade entre o cônjuge ou o companheiro com os parentes do outro. A Lei 11.924/2009 permite a adoção do patronímico do padrasto ou madrasta, havendo consentimento e sem prejuízo dos apelidos de família. Contudo, repisa-se, não há efeitos jurídicos previstos no ordenamento jurídico oriundos especificamente da relação entre enteado ou enteada com madrasta ou padrasto.

Novamente recorrendo ao direito estrangeiro, há ordenamentos que tratam de efeitos jurídicos atinentes às famílias reconstituídas. Na Alemanha há regras acerca da divisão do poder familiar entre genitor biológico e socioafetivo, direito de visitas e sobre o nome; na Argentina, é possível a fixação de verba alimentar pelo padrasto ou madrasta; em Mayland, tem se cogitado a possibilidade de direitos sucessórios ao enteado; em Portugal, a cogestão de poderes²⁰ e prestação de alimentos²¹.

Ainda que não exista estatuto próprio para as famílias reconstituídas, é possível extrair do sistema jurídico brasileiro, notadamente por aquilo que se denominou “constitucionalização do direito de família”, tutela jurídica para esse modelo de família. Desta forma, não se querendo mitigar a autoridade parental do genitor originário, seja biológico ou socioafetivo, deve caber ao padrasto ou madrasta:

Decisões ou situações no interesse do filho/enteado, tais como em matéria educacional, legitimidade processual para defesa do menor, direito de visita em caso de divórcio, preferência para adoção, cuidados com a saúde, atividades sociais e de lazer, corresponsabilidade civil por danos cometidos pelo enteado, nomeação do enteado como beneficiário de seguros e planos de saúde, etc.²²

A família reconstituída é uma realidade social que necessita de regulamentação específica. Não se trata de atribuir ao padrasto ou madrasta a imposição do vínculo de filiação, pois isso decorre da situação de posse de estado de filho e o posterior reconhecimento jurídico de filiação socioafetiva, seja extrajudicial ou judicial. O que se busca é uma regulamentação desse tipo de entidade familiar, para garantir ao padrasto ou madrasta e o enteado ou enteada, alguns direitos e deveres, como os apontados na doutrina de Paulo Lôbo acima citada, sendo a família merecedora da proteção estatal.

¹⁸SANTOS; SANTOS, loc. cit.

¹⁹SANTOS; SANTOS, loc. cit.

²⁰ROSA, op. cit., p. 119.

²¹LÔBO, op. cit., 2017, p. 88.

²²LÔBO, loc. cit.

Família socioafetiva

A família socioafetiva encontrou sua proteção jurídica no momento em que os Tribunais começaram a reconhecer a denominada “*adoção à brasileira*”. O quadro fático mais frequente consistia no registro de paternidade de pessoa que, sabidamente, não é o pai biológico da criança, mas assim o faz por conta da afeição ao filho de sua nova companheira ou esposa.

Esse vínculo familiar tem o afeto como principal pilar, o que o elevou ao *status* de princípio basilar de direito de família.

Os órgãos jurisdicionais começaram a reconhecer essa nova espécie de entidade familiar, com base no melhor interesse da criança e da afetividade, bastando comprovar a presença dos elementos já citados em tópico específico: *tractus reputatio e nominatio*. Os principais a serem demonstrados são os dois primeiros, vez que tratam da substância da posse de estado de filho: o tratamento de relação paterno-filial entre duas pessoas, reconhecida pela comunidade em que vivem. O elemento *nominatio* contribui para evidenciar essa relação, mas não é determinante, pois “o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai não enfraquece a posse de estado de filho, desde que estejam presentes os demais elementos, ou seja, o trato e a fama”²³.

O vínculo de filiação socioafetiva se firmou como realidade jurídica por meio dos julgados estaduais. O STJ reforçou a existência de tal família. Para ilustrar, segue abaixo ementa de um precedente do ano de 2003, referente ao Recurso Especial nº 119.346, de lavra do Ministro Barros Monteiro:

Filiação. Anulação ou reforma de registro. Filhos havidos antes do casamento, registrados pelo pai como se fosse de sua mulher. Situação de fato consolidada há mais de quarenta anos, com o assentimento tácito do cônjuge falecido, que sempre os tratou como filhos, e dos irmãos. Fundamento de fato constante do acórdão, suficiente, por si só, a justificar a manutenção do julgado.²⁴

A filiação socioafetiva somente tinha seu reconhecimento no campo da atividade jurisdicional. Houve uma movimentação entre os Cartórios para o registro extrajudicial desse vínculo de filiação, mas não era uniforme o entendimento. Esse entrave durou até o mês de novembro do ano de 2017, momento em que o Conselho Nacional de Justiça emitiu o provimento nº 63, possibilitando o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, estabelecendo um procedimento para tanto. O reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva é realizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, sendo irrevogável, somente desconstituído por ação judicial, nos casos de vício de vontade, fraude ou simulação, a teor do artigo 10 e §1º do referido provimento.

Ressalta-se, neste ponto, que, diferentemente da situação de outras famílias reconhecidas, a família socioafetiva tem os efeitos jurídicos operados de imediato quando do registro extrajudicial. Isso porque, aplicar-se-ão as regras do instituto da filiação e dos demais correlacionados, tais como alimentos, sucessórios, etc. Trata-se de um grande passo da família socioafetiva que, finalmente, não necessitará percorrer os corredores dos fóruns e Tribunais para ter seu reconhecimento.

²³DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b. p. 49.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 119.346*. Relator Ministro Barros Monteiro. Julgado em 01/04/2003. Brasília, DF, 2003.

União estável e seus efeitos sucessórios diante da nova decisão do STF

Por definição legal, a união estável é uma entidade familiar “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, conforme dispõe o artigo 1723 do Código Civil. A grande característica dessa entidade familiar refere-se à sua informalidade, ao contrário do casamento, que se deflagra a partir de procedimentos burocráticos.

Dos temas que tocam à união estável, este tópico se atentará aos efeitos sucessórios, notadamente por conta do precedente vinculante constante no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 878.694 e 646.721, que traduz uma grande revolução para o direito brasileiro.

Pois bem.

A saga do direito sucessório dos companheiros foi tormentosa no direito brasileiro. A CRFB1988 tão somente reconheceu a união estável como uma entidade familiar, cabendo à legislação infraconstitucional estabelecer seu regime.

A Lei 8.971/1994 trouxe o primeiro tratamento sucessório aos companheiros semelhante ao regime jurídico do cônjuge, que era regido pelo Código Civil de 1916. O artigo 2º, incisos I, II e III, da referida Lei, garantia o usufruto da quarta parte da herança ao companheiro sobrevivente quando havia filhos comuns com o falecido ou a metade se não houvesse filhos comuns, mas ascendentes sobreviventes. Na falta dos descendentes e ascendentes lhe tocava a totalidade da herança. Vale lembrar que o cônjuge não era herdeiro necessário, nem lhe era garantido o direito à concorrência sucessória.

A Lei 9.278/1996 garantia o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituísse nova união ou casamento, conforme determinava o parágrafo único do artigo 7º da mencionada Lei.

Posteriormente adveio o Código Civil de 2002, estabelecendo regime sucessório aos companheiros discrepante do regime do cônjuge, no criticado artigo 1790.

Ao cônjuge foi reservado o direito de concorrência com os descendentes e ascendentes, estipulado nos artigos 1.829, I e II, 1.832, 1.836 e 1.837 ambos do mesmo Código. Além disso, o artigo 1.845 coloca o cônjuge como herdeiro necessário, o que significa dizer que a ele cabia a reserva da legítima.

Quanto ao companheiro, o citado artigo 1.790 do Código Civil estabelecia que o companheiro sobrevivente concorreria, com relação aos bens onerosamente adquiridos na constância da união estável, da seguinte maneira: (i) se concorresse com os filhos comuns, lhe toca a mesma quota parte da herança; (ii) se concorresse com descendentes só do autor da herança, lhe cabia a metade do que cada um viesse a receber por herança; (iii) se concorresse com outros parentes sucessíveis, lhe cabia um terço da herança; e, (iv) receberia a totalidade da herança se não houvesse nenhum parente sucessível.

A gritante diferença se dava na medida em que o cônjuge sobrevivente, se casado no regime da separação convencional de bens ou, ainda, se casado na comunhão parcial de bens, existindo bens particulares, ao concorrer com filhos comuns, lhe era garantida a quarta parte da herança e, receberia por cabeça – sem a reserva da quarta parte –, quando concorresse com filhos não comuns (artigo 1.832 do Código Civil).

Ademais, na concorrência com os ascendentes de primeiro grau, é reservado ao cônjuge

um terço da herança e, se concorrer com ascendentes de maior grau, lhe é reservado a metade da herança (artigo 1.837 do Código Civil). Não havendo descendentes e ascendentes, o cônjuge recebe a totalidade da herança (artigo 1.838 do Código Civil).

Em suma, na vigência do artigo 1.790: (i) o companheiro não era considerado herdeiro necessário; (ii) não lhe era reservada a quarta parte da herança na concorrência com descendentes comuns; (iii) não lhe cabia concorrer por cabeça com descendentes não comuns; (iv) além de concorrer com os ascendentes, em qualquer grau, também concorria com demais parentes sucessórios (tios, sobrinhos, primos) do falecido; e (v) não havia previsão sobre o direito real de habitação.

Apenas 15 anos depois, a Corte Constitucional brasileira, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 878.694 e 646.721, em sede de repercussão geral, pronunciou a inconstitucionalidade do citado artigo 1.790 do Código Civil, equiparando o regime sucessório do cônjuge e do companheiro.

Os fundamentos que sustentaram a inconstitucionalidade foram: (i) princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) princípio da igualdade; (iii) vedação de hierarquia entre entidades familiares; e, (iv) princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que o artigo 1.790 estabelecia regime sucessório distinto e pior do que o direito sucessório regulamentado pelas Leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996.

Assim, a tese da repercussão geral ficou assentada da seguinte forma: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil”²⁵.

Contudo, o enunciado apenas implica a aplicação do artigo 1.829 do Código Civil à sucessão do companheiro. Entretanto, deixou lacunas, ao não estipular algumas “regalias” que o cônjuge possui: (i) não menciona se o companheiro é herdeiro necessário; (ii) não estipulou se é reservado ao companheiro o direito real de habitação; e (iii) nada diz sobre a aplicação do artigo 1.830, no sentido de reconhecer ao companheiro sobrevivente o direito sucessório no caso de separação de fato pelo período de dois anos anteriores a morte do ex companheiro.

Para Flávio Tartuce²⁶, Luiz Paulo Vieira de Carvalho²⁷ e Carlos Roberto Barbosa Moreira²⁸ (atualizador da clássica obra de Caio Mário da Silva Pereira), com a decisão do Supremo Tribunal Federal em equiparar o direito sucessório do cônjuge ao companheiro, este foi elevado ao *status* de herdeiro necessário.

As consequências jurídicas dessa afirmação são enormes. O primeiro efeito a ser observado refere-se a reserva da legítima ao companheiro, o que implica, por evidente, a impossibilidade do testador em dispor de todos os seus bens, se constituída união estável, como poderia ocorrer antes do julgamento em comento. Além disso, o companheiro também estará incluído no artigo 1.974, do Código Civil, na hipótese de rompimento de testamento feito sem a observância da existência de herdeiro necessário. Há, também, o ônus do

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 878.694*. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 10/05/2017. Brasília, DF, 2017c.

²⁶TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6. p. 156.

²⁷CARVALHO, op. cit., p. 433.

²⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6. p. 157.

companheiro em “colacionar os bens recebidos em antecipação (arts. 2.002 a 2.012 do CC), sob pena de sonegados (arts. 1.992 a 1.996)”, conforme aponta Flávio Tartuce²⁹.

O direito real de habitação, aquele destinado ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, incidente sobre imóvel destinado à residência da família, se o único de tal natureza (art. 1.831, do Código Civil), também deve ser reservado ao companheiro. Trata-se de direito fundamental à moradia, previsto no artigo 6º da CRFB. Para Sílvio de Salvo Venosa, “felizmente, a jurisprudência tem dado respostas positivas, entendendo vigentes as conquistas da convivência e aplicável também, conseqüentemente, o direito real de habitação”³⁰, sendo cabível tal direito ao companheiro, mesmo que “tenha morrido em estado de casado, mas separado de fato”³¹.

Ressalta-se que em 06 de fevereiro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou tema relacionado sobre o direito em comento, aplicando o entendimento sedimentado na Corte Constitucional brasileira. Parece que a discussão está prestes a encontrar uma solução:

Recurso Especial. Civil. Sucessões. Arrolamento de bens. Ex-companheira. Descompasso entre sucessão de cônjuge e sucessão de companheiro. Habilitação no inventário devida. Direito ao usufruto viudal. Não cabimento. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do código civil de 2002. Sucessão que deve observar o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. [...] 2. O recurso especial deve ser provido apenas para negar o direito da recorrida ao usufruto viudal, mantendo-a habilitada nos autos do arrolamento/inventário, *devendo ser observados e conferidos a ela os direitos assegurados pelo CC/2002 aos cônjuges sobreviventes, conforme o que for apurado nas instâncias ordinárias acerca de eventual direito real de habitação.*³²

No caso acima, o pedido da ex-companheira fora deduzido para ser aplicada a Lei 9.871/1994, assegurando-lhe o usufruto viudal, instituto este que também era reservado ao cônjuge sobrevivente pelo Código Civil de 1916. A atual legislação civil aboliu tal instituto. Dada a equiparação de regimes sucessórios entre cônjuge e companheiro, o julgador entendeu que o instituto do usufruto viudal é incabível, ressaltando que verificados, nas instâncias ordinárias, os requisitos do artigo 1.831, do Código Civil, o direito real tal direito deve ser assegurado ao companheiro sobrevivente, da mesma forma que seria aplicado ao cônjuge sobrevivente. Fala-se em verificar nas instâncias ordinárias, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não pode reexaminar fatos, de acordo com o seu enunciado da Súmula 7³³.

Quanto à regra do artigo 1.830, do Código Civil, que reconhece o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, separado (judicialmente ou não) há mais de dois anos, caso não tenha sido sua a culpa de tal separação, para Flávio Tartuce, deve se estender ao companheiro:

Assim, deve-se considerar, em vez do divórcio ou da separação de direito, a dissolução da união estável, que pode ser feita de forma judicial ou extrajudicial, litigiosa ou consensual, conforme o tratamento que consta do Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693 a 699; 731 a 733). Também nos casos de união estável deve-se considerar que a separação de fato do casal põe fim ao

²⁹TARTUCE, Op. cit., 2018, p. 156.

³⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. p. 169.

³¹Loc. cit.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.139.054*. Ministro Relator Lázaro Guimarães. Julgado em 06/02/2018. Brasília, DF, 2018d. (grifo nosso)

³³BRASIL. *Enunciado da Súmula 7*. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018b.

relacionamento e afasta o direito sucessório do companheiro, na mesma linha da *leitura idealizada* que aqui propusemos.³⁴

O autor ainda defende uma “leitura idealizada” da referida norma: “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente ou extrajudicialmente, nem separados de fato”³⁵. Essa leitura retira o ônus de provar que o cônjuge sobrevivente não agiu com culpa para a separação, uma vez que a culpa, paulatinamente, mas não totalmente, tem sido mitigada no direito de família. Ademais, o prazo de dois anos deve ser retirado, pois, como a união estável pode ser configurada em qualquer tempo, “não é razoável estabelecer-se um lapso mínimo de separação de fato – como *conditio sine qua* para a legitimidade sucessória – se, antes mesmo da consumação do biênio, a parte já pode ter formado outro núcleo familiar”³⁶.

Família pluriparental

Em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade da pluriparentalidade no Recurso Extraordinário nº 898.060, também de repercussão geral, fixando a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”³⁷.

Encerrou-se a discussão acerca da supremacia da verdade biológica (prevalência da parentalidade biológica) ou da verdade real (prevalência da parentalidade socioafetiva).

Ademais, vale mencionar que o Conselho Nacional de Justiça, ao emitir o Provimento nº 63, possibilitou o reconhecimento extrajudicial da pluriparentalidade. Preconiza o artigo 14 do referido provimento que “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento”³⁸.

Entretanto, em que pese o reconhecimento jurídico da pluriparentalidade, não há regulamentação de diversos efeitos jurídicos, sobretudo por ser uma decisão recente. Para este trabalho, chamam a atenção dois assuntos intrigantes sobre a pluriparentalidade, concernentes aos efeitos sucessórios e aos alimentos.

A atenção a tais efeitos se dá pela natureza patrimonial. Uma das críticas mais ferrenhas sobre a pluriparentalidade é a brecha para ações que visam tão somente o interesse patrimonial e não existencial.

No que tange ao efeito sucessório, o filho de uma relação multiparental poderá ser chamado em quantas sucessões tiver direito, lhe tocando os mesmos direitos que os demais filhos, se houver, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Inclusive, o STJ reconheceu tal direito sucessório, aplicando a tese da repercussão geral dita acima:

³⁴TARTUCE, Op. cit., 2018, p. 228. (grifo do autor)

³⁵Ibid., p. 225.

³⁶GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 232.

³⁷BRASIL, op. cit., 2016b.

³⁸BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017*. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.

Recurso especial. Direito de família. Filiação. Igualdade entre filhos. Art. 227, §6º, da CF/1988. Ação de investigação de paternidade. Paternidade socioafetiva. Vínculo biológico. Coexistência. Descoberta posterior. Exame de DNA. Ancestralidade. Direitos sucessórios. Garantia. Repercussão geral. STF.³⁹

O grande problema surge quando é analisado o contrário: o filho de uma relação multiparental, que não deixou descendente, vem a falecer antes dos pais biológicos e socioafetivos. Nesse caso, como se dará a sucessão?

Respondendo a indagação, em primeiro momento, há que se observar a norma contida no artigo 1.836 do Código Civil, ou seja, a divisão será de acordo com a linha materna ou paterna. Assim, considerando a hipótese de haver dois pais, lhes cabe a metade da *quota* hereditária disponível aos ascendentes paternos, que será dividida pelos dois, ao passo que, havendo somente uma mãe, lhe tocará a integralidade da outra metade⁴⁰. Neste exemplo, os pais ficarão com 25% cada e a mãe 50%.

Entretanto, há outro entendimento doutrinário que leva em consideração o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Portanto, no exemplo acima, para Flávio Tartuce, “a herança deve ser dividida de forma igualitária entre todos os ascendentes, sejam biológicos ou socioafetivos”⁴¹. No mesmo sentido, Nelson Sussumu Shikicima entende que “seria necessário fazer constar as quotas partes de cada um ou constar a concorrência em partes iguais, em caso de reconhecimento da filiação multiparental”⁴².

Quanto aos alimentos, a legislação estabelece a reciprocidade do pleito de verba alimentar entre pais e filhos (artigo 1.696, do Código Civil). Assim, o filho de uma relação multiparental poderá pleitear alimentos em face de todos os pais, levando em consideração, sempre, o trinômio necessidade-possibilidade-razoabilidade. De outro lado, esse mesmo filho poderá ser alvo de demandas alimentares movidas pelos pais, uma vez que “toda regra que concede bônus obriga a assunção do ônus”⁴³.

Por se tratar de situações recentes, sem regulamentação jurídica, a solução dependerá sempre da análise criteriosa do caso concreto. Assim, para Ricardo Calderón:

Em algumas situações, nas quais a verba antes fixada para a mãe e pai já seja suficiente para o bem estar do filho, é possível que o valor outrora dividido entre os dois pais seja agora apenas dividido entre os três (mantendo-se a mesma quantia). Para outras situações, pode parecer mais indicado fixar um valor adicional para ser arcado pelo novo pai que foi recentemente reconhecido, em acréscimo ao que já era pago pelos outros (aumentando a quantia originária). Caso isso possa reverter em benefício a mais ao filho, quando parecer indicado (por exemplo, para lhe permitir cursar uma língua estrangeira), essa pode ser a melhor solução.⁴⁴

Desta forma, deverá o julgador se atentar aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, conforme determina o artigo 8º do Código de Processo Civil.

³⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.618.230*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 28/03/2017. Brasília, DF, 2017b.

⁴⁰CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 333.

⁴¹TARTUCE, Op. cit., 2018, p. 218.

⁴²SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade: uma lacuna da lei para ser preenchida. *Revista Científica Virtual OAB São Paulo ESA*, ano 5, n. 28, p. 68-78, 2014. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Virtual%20numero%2018.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

⁴³CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 260.

⁴⁴CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 231.

Famílias simultâneas e poliafetivas

No que tange às uniões paralelas ou simultâneas, há, atualmente, três correntes doutrinárias que discutem o tema: (i) a primeira, que não reconhece este tipo de entidade familiar; (ii) a segunda, que entende possível o reconhecimento aplicando por analogia a regra do casamento putativo; e, (iii) por fim, a terceira corrente que entende ser possível o reconhecimento dessa entidade familiar.

A primeira corrente, da qual são adeptos os doutrinadores Maria Helena Diniz⁴⁵ e Álvaro Villaça Azedo⁴⁶, não reconhecem as uniões paralelas em nenhuma circunstância por não ser uma relação monogâmica, tratando tal relação como mero concubinato, conforme estabelece o Código Civil, nos termos do art. 1.727.

A segunda corrente, da qual são adeptos os doutrinadores Rolf Madaleno⁴⁷ e Flávio Tartuce⁴⁸, entendem que, havendo boa-fé (se os núcleos não tiverem conhecimento recíproco ou, ainda, se souberem um do outro), é possível o reconhecimento da união paralela, com equiparação das regras do casamento putativo (artigo 1.561 do Código Civil).

Já a terceira corrente, da qual é adepta Maria Berenice Dias⁴⁹, entende que as uniões paralelas merecem reconhecimento independentemente de quaisquer condições, salvo, evidentemente, que sejam preenchidos os requisitos caracterizadores da união estável.

O entendimento jurisprudencial dominante caminha no sentido da primeira corrente, não reconhecendo a união paralela em nenhuma circunstância. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou esse entendimento no enunciado do informativo nº 4, edição 50, do campo “jurisprudência em teses”, disponível em seu *site*: “Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas”⁵⁰.

Entretanto, é possível que certos efeitos jurídicos possam incidir sobre tal relação; entretanto, advêm do direito obrigacional e não do direito de família. Trata-se da aplicação do enunciado da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal⁵¹, reconhecendo como se fosse uma sociedade de fato, ou seja, o que cada um contribui através do esforço comum para a união é o que efetivamente pode retirar dela.

Caso esse cenário se altere, diversos efeitos jurídicos poderão ser produzidos. O que mais chamou atenção no debate jurídico refere-se aos efeitos patrimoniais, em caso de dissolução de uniões estáveis ou de sociedade conjugal e união estável. É possível encontrar dois entendimentos acerca da divisão patrimonial. O primeiro refere-se à divisão igualitária dos bens dos conviventes, podendo citar, *mutatis mutandis*, o julgado abaixo, que tratou da divisão patrimonial de famílias paralelas:

Apelação cível. União dúplice. União estável. Prova. Meação. “triação”. Prova do período de união. Cautelar de busca e apreensão de bens. A prova dos autos é firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o apelado em período concomitante ao casamento do companheiro.

⁴⁵DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito de família*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 436.

⁴⁶AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002 apud TARTUCE, op. cit., 2017, p. 355.

⁴⁷MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1236.

⁴⁸TARTUCE, Op. cit., 2017, p. 357.

⁴⁹DIAS, Op. cit., 2017a, p. 298.

⁵⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Edição n. 50, Enunciado 4. Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/ju/toc.jsp?edicao=ED1%C7%C3O%20N.%2050:%20UNI%C3O%20EST%C1VE>>. Acesso em: 10 jan. 2018c.

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado da Súmula 380*. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 14 fev. 2018e.

Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO). *Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o companheiro. Meação que se transmuda em “triação”, pela duplicidade de vínculos familiares.* Deram provimento, por maioria.⁵²

O outro entendimento é formulado por Maria Berenice Dias. Em primeiro lugar, há que atentar-se sobre quais tipos de uniões simultâneas serão tratadas. Havendo duas uniões estáveis em concomitância, cabível a divisão do patrimônio adquirido na constância da união estável em partes iguais (triação). Entretanto, se a primeira família se referir ao casamento e a segunda uma união estável, preserva-se (reserva-se) a meação da esposa e a meação do companheiro será dividida com a companheira, referentes aos bens adquiridos na constância da união estável⁵³.

No que tange as famílias poliafetivas têm ganhado atenção diante das possíveis declarações em cartório que vêm sendo realizadas. A título de exemplo, houve dois casos que ganharam repercussões midiáticas, o primeiro caso de registro de “trisal” ocorreu na cidade de Tupã-SP⁵⁴, no ano de 2012, caso em que um homem e duas mulheres compareceram até o Cartório de Registro Civil para oficializar a união por meio de escritura pública. Outro caso que ganhou notoriedade ocorreu na cidade do Rio de Janeiro-RJ, no ano de 2015, quando três mulheres procuraram o cartório para registrar a união.

Contudo, vale ressaltar que as uniões poliafetivas não são reconhecidas nem pelo Poder Legislativo nem pela jurisprudência. Além disso, em 2016 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a recomendar – e não proibir – aos Cartórios de Notas que não lavrassem mais registros deste tipo de união até a fixação de um entendimento sólido, sendo esta a posição adotada até o momento⁵⁵.

Não há, até o momento, precedentes no direito brasileiro que tenha enfrentado o tema dos efeitos jurídicos da união poliafetiva; quiçá da existência dessa espécie de entidade familiar; entretanto, dentro do cerne deste tópico concernente ao direito patrimonial – *grande polêmica entre os juristas afeitos ao reconhecimento da união poliafetiva* –, pode-se aplicar, *mutatis mutandis*, o precedente citado acima concernente à “triação” dos bens ou sua divisão igualitária.

União homoafetiva

Em histórica decisão, o Supremo Tribunal Federal⁵⁶ reconheceu a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva. Pouco tempo depois, a Suprema Corte brasileira também reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo, solidificando entendimento sobre o assunto⁵⁷. Os efeitos jurídicos são os mesmos da união heterossexual. Efeitos sucessórios, previdenciários, alimentares, dentre outros, são os mesmos previstos na legislação. Entretanto, há intensas discussões sobre outros efeitos e direitos decorrentes da união homoafetiva.

⁵²BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. *Apelação n. 70033154303*. Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em 03/12/2009. (grifo nosso).

⁵³DIAS, op. cit., 2017a, p. 303.

⁵⁴CONJUR. Cartório reconhece união estável entre três pessoas. *Boletim de Notícias ConJur*, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/cartorio-tupa-sp-reconhece-uniao-estavel-entre-tres-pessoas>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

⁵⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas*. Brasília, DF, 04 maio 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>>. Acesso em 24 fev. 2018.

⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 846.102*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 18/03/2015. Brasília, DF, 2015.

⁵⁷BRASIL, op. cit., 2011.

Trata-se do direito de adoção por casal homossexual.

Há quem entenda que é prejudicial a adoção de uma criança por casal homoafetivo. Entretanto, o entendimento jurisprudencial, já pacificado, autoriza a adoção institucional por casal formado por pessoas do mesmo sexo, em consonância com os ditames constitucionais. O acórdão paradigma dessa nova perspectiva é oriundo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 846.102, cuja *ratio decidendi* invocou o precedente que reconheceu a possibilidade da união estável homoafetiva, o que autoriza outros direitos decorrentes de tal reconhecimento, tais como o da adoção⁵⁸.

Percebe-se, portanto, que, embora ainda exista resistência para o reconhecimento dos efeitos jurídicos da união homoafetiva, sobretudo aquelas em nome da “*moral*”, o Poder Judiciário tem feito sua parte, em consonância dos princípios constitucionais, evidentemente quando chamado a fazê-la. A tutela jurídica deverá ser preservada, sob pena de afronta às normas constitucionais.

Família anaparental

A família anaparental, como exposto anteriormente, ganhou reconhecimento por meio da atividade jurisdicional. A jurisprudência reconheceu a referida entidade familiar em caso que discutia se determinado imóvel, habitado por duas irmãs, era ou não bem de família. O Superior Tribunal de Justiça determinou a impenhorabilidade do referido bem, por ser habitado por duas irmãs: “Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada as embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a LEI 8.009/90”⁵⁹.

Outro caso muito debatido pela doutrina refere-se ao direito sucessório, quando são chamados à sucessão os colaterais. Há diversas famílias formadas por irmãs, que conviveram a vida toda em mesmo imóvel e, com esforço comum, amealharam patrimônio.

Na hipótese de uma das irmãs não possuir descendente e haver colaterais, são todos chamados pela ordem da vocação hereditária. Contudo, é claro que o problema surge quando essa irmã vem a falecer sem deixar testamento, pois o patrimônio será dividido entre todos os colaterais igualmente.

Entende-se que seria injusto para a irmã que conviveu com a outra a vida toda, cuidando e reunindo esforços para a construção do patrimônio, dividi-lo igualmente com os demais colaterais que em nada ou pouco colaboraram. Maria Berenice Dias⁶⁰ não comunga o entendimento que deverá ser dividido igualmente o patrimônio com os demais irmãos de forma igual, ou, ainda, aplicar a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal⁶¹, considerando mera sociedade de fato e concedendo apenas metade dos bens à sobrevivente. Para a autora, há de se conceder à irmã sobrevivente, a integralidade do patrimônio em razão da convivência: “A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária”⁶².

⁵⁸BRASIL, op. cit., 2015.

⁵⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 57606*. Relator Ministro Fontes de Alencar. Julgado em 11/04/1995. Brasília, DF, 1995.

⁶⁰DIAS, op. cit., 2017a, p. 154.

⁶¹BRASIL, op. cit., 2018e.

⁶²DIAS, op. cit., 2017a, p. 154.

Conclusões

O sistema jurídico brasileiro sempre pautou a construção do direito pelo processo legislativo. As características marcantes de nosso ordenamento sempre foram rigidez de aplicação da norma (*enforcement*) e a segurança jurídica, de modo a prever as soluções para os problemas sociais pela letra da lei. Não havia espaço para a relativização ou a análise de particularidades.

O direito de família também foi moldado nessa sistemática: (i) o casamento, entendido por muito tempo como uma instituição jurídica, constituído por uma série de atos formais, era o único modelo de família possível, justamente por passar segurança jurídica (prova) e estabelecer rígidas condutas entre seus membros (deveres que tocavam ao marido e à mulher) e tendia a perpetuidade; (ii) a filiação era pautada pelo laço biológico, sem que outras formas de parentesco fossem reconhecidas pelo Estado; (iii) a família era tão somente um instituto jurídico que permitia a segurança patrimonial. Essa estrutura era reforçada pela cultura ocidental judaico-cristã, que sempre pregou a perpetuidade da família, com uma série de privilégios para o homem, pai de família.

Ocorre que inúmeros foram os arranjos humanos que não tendiam a essa forma rígida e inflexível de família. Soma-se ao fato de que a sociedade, aos poucos, foi substituindo certos valores por outros, notadamente aqueles que auxiliam a busca da felicidade, a liberdade e a igualdade. Cada vez mais houve o dismantelamento de um arcabouço moral que não coadunava mais com as aspirações humanas.

No direito de família essas inspirações refletiram na constituinte de 1988. Diversas foram as modalidades de famílias reconhecidas pelo Estado. Famílias, essas, que sempre existiram na sociedade, mas que eram jogadas ao limbo pelo ordenamento jurídico. Entretanto, como sempre ocorre com o direito brasileiro, a sociedade caminha a passos largos, enquanto o direito está sempre estagnado. Foram diversas as famílias reconhecidas e os consequentes efeitos jurídicos de tais reconhecimentos após o advento da CRFB88, notadamente com a atuação jurisdicional. As legislações não mais servem para entregar a melhor tutela jurídica para a atual conjuntura social, notadamente pelos diversos direitos construídos através de precedentes judiciais. Há muitas famílias reconhecidas pela lei, mas que a legislação não prevê efeitos.

Por isso, fazem-se necessárias regulamentações de uma série de efeitos jurídicos não previstos na legislação, para fazer valer a máxima proteção que o Estado deve às famílias.

Dentre os arranjos familiares abordados neste artigo, repisa-se, sem a intenção de excluir outros porventura não citados, foi possível verificar alguns efeitos jurídicos:

a) é considerado bem de família o imóvel habitado pela família monoparental e, portanto, impenhorável;

b) é possível a adoção do nome de família do padrasto ou madrasta pelo enteado;

c) os efeitos sucessórios da união estável equiparam-se aos do cônjuge, adotando-se o artigo 1.829 do Código Civil. Em que pese a omissão do julgado ainda em andamento, entendemos que o companheiro também deve ser incluído no rol dos herdeiros necessários. Ademais, as demais normas de direito sucessório destinadas ao cônjuge devem ser aplicadas aos companheiros, como no caso dos artigos 1.830 e 1.831, do mesmo Código;

d) a família socioafetiva já pode gerar automaticamente seus efeitos jurídicos quando do

seu registro extrajudicial, com base no Provimento 63 do CNJ;

e) já os efeitos sucessórios da família multiparental, os parentes multiparentais têm os mesmos direitos do que os demais parentes biparentais, podendo participar de quantas sucessões existirem. No caso de vir a falecer o filho de múltiplos pais, a sucessão ainda é uma incógnita, havendo duas soluções: (i) deverá ser respeitada a regra do artigo 1.836, do Código Civil, destinando as quotas hereditárias aos ascendentes paternos e maternos e dividindo-as de acordo com o número de herdeiros. Poderá haver, nesse cenário, a título de ilustração, o percentual de 25% para os ascendentes paternos e 50% aos ascendentes maternos; (ii) deverá haver a distribuição igualitária das quotas partes, ou seja, soma-se o acervo hereditário, dividindo-o pelo número de ascendentes sucessíveis;

f) ainda sobre as famílias multiparentais, no tocante aos alimentos, os filhos poderão pleitear contra todos os parentes que possuem legitimidade para tanto, do mesmo modo que deverão arcar com o ônus da pensão alimentícia para tais parentes;

g) as famílias simultâneas e poliafetivas não têm guarida pelo ordenamento jurídico até o momento. Quanto às famílias simultâneas, há precedente do Supremo Tribunal Federal (RE 397.762) e, também, posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado nº 4, da edição 50 da ferramenta “*jurisprudência em teses*”) no sentido de vedar o reconhecimento jurídico. Conclui-se, nesse ponto, que a única saída para se resguardar os direitos decorrentes da relação simultânea é o seu enquadramento como sociedade de fato, aplicando-se a Súmula 380 do STJ;

h) em caso de reconhecimento das famílias simultâneas, no que tange aos efeitos patrimoniais decorrentes da dissolução da união estável ou da sociedade conjugal, já foi apreciado por Tribunais estaduais a possibilidade de dividir o patrimônio construído por meio da “*triação*”. Há entendimento doutrinário, de Maria Berenice Dias, propondo que: (i) em havendo duplicidade de duas uniões estáveis é cabível a divisão do patrimônio adquirido na constância da união estável em partes iguais (*triação*); e (ii) havendo união estável em simultaneidade com o casamento, a meação da esposa é preservada e a meação da esposa e a meação do companheiro será dividida com a companheira, concernentes aos bens adquiridos na constância da união estável;

i) especificamente sobre a união poliafetiva, a solução mais coerente concerne à divisão igualitária dos bens, independentemente da contribuição, como se dá na aplicação da “*triação*”;

j) a família homoafetiva é uma realidade em nosso país e não pode mais ser refutada. Por consequência, deve ser reconhecido o direito à adoção; e,

k) a família anaparental é uma entidade familiar e foi reconhecida em diversos casos tais como a discussão acerca da aplicação do instituto da impenhorabilidade do bem de família, por imóvel habitado por irmãos. A doutrina indaga acerca de certos efeitos patrimoniais para beneficiar alguns parentes em detrimento de outros, por conta do convívio.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6.583/2013*. Deputado Federal Anderson Ferreira. Brasília, DF, 2013a.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas*. Brasília, DF, 04 maio 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>>. Acesso em 24 fev. 2018.

_____. *Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017*. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. *Resolução 175/2013*. Brasília, DF, 2013b. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei 470/2013*. Senadora Lídice da Mata. Brasília, DF, 2013c.

_____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado da Súmula 364*. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27364%27>>. Acesso em: 12 fev. 2018a.

_____. *Enunciado da Súmula 7*. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018b.

_____. *Jurisprudência em teses*. Edição n. 50, Enunciado 4. Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2050:%20UNI%C3O%20EST%C1VE>>. Acesso em: 10 jan. 2018c.

_____. *Recurso Especial n. 1.139.054*. Ministro Relator Lázaro Guimarães. Julgado em 06/02/2018. Brasília, DF, 2018d.

_____. *Recurso Especial n. 1.618.230*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 28/03/2017. Brasília, DF, 2017b.

_____. *Recurso Especial n. 119.346*. Relator Ministro Barros Monteiro. Julgado em 01/04/2003. Brasília, DF, 2003.

_____. *Recurso Especial n. 57606*. Relator Ministro Fontes de Alencar. Julgado em 11/04/1995. Brasília, DF, 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132*. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Brasília, DF, 2011.

_____. *Enunciado da Súmula 380*. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 14 fev. 2018e.

_____. *Recurso Extraordinário n. 846.102*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 18/03/2015. Brasília, DF, 2015.

_____. *Recurso Extraordinário n. 878.694*. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 10/05/2017. Brasília, DF, 2017c.

_____. *Recurso Extraordinário n. 898.060*. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/09/2016. Brasília, DF, 2016b.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. *Apelação n. 70033154303*. Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em 03/12/2009.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CONJUR. Cartório reconhece união estável entre três pessoas. *Boletim de Notícias ConJur*, 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/cartorio-tupa-sp-reconhece-uniao-estavel-entre-tres-pessoas>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.
- _____. *Filhos do afeto*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito de família*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6.
- _____. *Novo curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. Parentalidade socioafetiva e multiparentalidade: questões atuais. In: SALOMÃO, Luís Felipe; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. capítulo 23.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.
- ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 92, p. 1-30, out./2008 a jan./2009.
- SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade: uma lacuna da lei para ser preenchida. *Revista Científica Virtual OAB São Paulo ESA*, ano 5, n. 28, p. 68-78, 2014. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Virtual%20numero%2018.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.
- _____. *Direito Civil: direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6.

Obras consultadas

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.247.098*. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 14/03/2017. Brasília, DF, 2017a.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.431.370*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 15/08/2017. Brasília, DF, 2017b.

A utilização da constelação familiar sistêmica nas demandas familiares como método alternativo de resolução de conflitos¹

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP.

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil e em Direito de Família e das Sucessões pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

CAMILA LEMOS PUYDINGER

CAROLINE CICOTTI AUGUSTO

MARÍLIA ESPELHO SOUZA SPADA

Graduandas em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a nova perspectiva do Direito processual civil na utilização de métodos alternativos para a resolução do conflito, através da constelação familiar sistêmica. Antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 2015, que tenta trazer a cultura da solução consensual do conflito e da abertura para utilização de métodos alternativos, referida técnica já era utilizada por magistrados e trouxe significativos resultados. Nesta perspectiva, o presente trabalho aborda a possibilidade da utilização da constelação familiar sistêmica e os resultados obtidos pelo Poder Judiciário, e seus possíveis reflexos na relação familiar.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Métodos alternativos de resolução de conflitos. Constelação familiar sistêmica.

Abstract: The present work aims to analyze the new perspective of civil procedural law in the use of alternative methods for conflict resolution through the use of the systemic family constellation. Even before the advent of the Code of Civil Procedure of 2015 that attempts to bring the culture of the consensual solution of conflict and openness to the use of alternative methods, this technique was already used by magistrates and brought significant results. In this perspective, the present work approaches the possibility of using the systemic family constellation and the results obtained by the Judiciary Power, and its possible reflections on the familiar relation.

Keywords: Law Civil Procedure. Alternative methods of conflict resolution. Systemic family constellation.

Introdução

Uma das maiores preocupações do legislador ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) foi aprimorar a cultura da solução do litígio através de vias consensuais, razão pela qual os institutos da conciliação e da mediação ganharam maior espaço nos procedimentos judiciais.

No campo do Direito de Família – que ganhou um procedimento próprio – a preocupação

¹Este artigo é o resultado do estudo desenvolvido pelos discentes e egressos no projeto de pesquisa intitulado "Os métodos consensuais de solução dos conflitos instituídos pelo novo Código de Processo Civil e sua repercussão no direito processual civil e no direito processual do trabalho", desenvolvido ao longo do ano de 2017, com auxílio do Núcleo de Pesquisas do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva/SP, PESQDIR2017506.

em inserir referida cultura foi ainda maior, muito por conta das características do litígio.

Dentro desse cenário, algumas técnicas consensuais começaram a ser utilizadas, inclusive antes do advento da nova legislação instrumental, para tentar, efetivamente, colocar fim às demandas, evitando o pronunciamento estatal definitivo. A intenção foi promover a resolução do conflito por decisão das partes e não do magistrado.

Uma dessas técnicas refere-se à constelação familiar sistêmica, desenvolvida no campo da psicologia pelo alemão Bert Hellinger, que passou a ser adotada em diversos Estados da Federação. Tal procedimento consiste na representação dos membros envolvidos no litígio, retratando a realidade por meio de representações e atividades. Trata-se de uma passagem para outro nível de consciência através de perguntas lançadas que vão encontrando respostas que permitam levar aos motivos do litígio.

O uso dessa técnica alcançou resultados satisfatórios e cada vez mais juízes começaram a utilizá-la.

Desta forma, o objetivo deste trabalho consiste na abordagem da possibilidade do uso da constelação familiar sistêmica nas demandas familiares, os resultados encontrados e os seus reflexos na resolução do conflito familiar.

Da constelação familiar sistêmica

A constelação familiar sistêmica trata-se de uma técnica desenvolvida pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, em busca da origem de determinado conflito familiar e, desta forma, apresentando para os membros da família a sua participação ou envolvimento na situação que desencadeou tal conflito. Neste ponto:

Considerada uma terapia familiar contemporânea, a técnica de Constelação familiar foi criada por Bert Hellinger (psicoterapeuta alemão), nos anos 70, chegando ao Brasil em 1999 trazida pelo seu próprio criador. Nela, criamos “esculturas vivas” reconstruindo a árvore genealógica da pessoa, o que permite localizar e remover bloqueios do fluxo amoroso de qualquer geração ou membro da família. Muitas das dificuldades pessoais, assim como problemas de relacionamentos são resultados de confusões nos sistemas familiares. Estas confusões ocorrem quando incorporamos em nossa vida o destino de outra pessoa viva ou que já viveu no passado, de nossa própria família sem estarmos conscientes disto e sem querer. Isto nos faz repetir o destino dos membros familiares que foram excluídos, esquecidos ou não reconhecidos no lugar que pertencia a eles.²

A referida técnica é considerada fenomenológica³, uma vez que os componentes do grupo que ocupam o papel de determinado membro da família constelada “apresentam sintomas iguais aos membros da família daquela pessoa, embora não o conheçam e sem nenhuma informação prévia”⁴.

É por isso que o conceito hodierno que temos de técnica, como instrumento que busca determinada utilidade humana, não se aplica às constelações familiares, uma vez que “não coincide com o procedimento fenomenológico que adotamos nas constelações familiares”⁵.

²VERDE, Celma Nunes Villa. *Constelação familiar*. Disponível em: <<http://www.constelacaofamiliar.com.br/constelacao-familiar>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

³VERDE, op. cit.

⁴Ibid.

⁵SCHNEIDER, Jakob Robert. *Sobre a técnica das constelações familiares*. Disponível em <<http://www.constelacaofamiliar.com.br/wp-content/uploads/2017/01/SOBRE-A-TECNICA-DAS-CONSTELACOES-FAMILIARES-Jakob.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017. p. 1.

No caso das constelações familiares, o que se chama de técnica “serve aqui simplesmente para distinguir entre ‘como’ se conduz uma constelação familiar e o ‘que’ se revela aí, em termos de dinâmica da alma”⁶.

Cumpra salientar que cada sessão é diferente da outra, em decorrência dos diversos problemas familiares, o que não permite existir um procedimento rígido e fixo para cada uma, razão pela qual esse tópico abordará, de maneira sucinta, alguns dos principais momentos das sessões, do constelador nas sessões e dos participantes.

Pois bem.

A constelação familiar sistêmica consiste na ocupação de papel de determinada pessoa dentro de seu núcleo familiar: “para identificarmos esta dinâmica, precisamos montar a Constelação que acontece num grupo, onde os representantes deste grupo vão ocupar o lugar dos familiares da pessoa a ser Constelada da Constelação Familiar”⁷.

A escolha dos representantes que ocupam tais papéis é conveniente ser do familiar que busca a constelação, pois “através dessa escolha ela já introduz no processo a busca e a força de sua alma”⁸; entretanto, nada impede do próprio terapeuta, no curso do procedimento, introduzir outras pessoas para agilização⁹.

Ao serem colocadas em seus respectivos papéis, há um primeiro momento silencioso, de modo que os participantes se concentrem em sentimentos. Esse momento de silêncio é necessário “para que se tome consciência daquilo que a alma do grupo está disposta a manifestar”¹⁰.

Após esse silêncio, começam as perguntas dos terapeutas sobre os sentimentos dos envolvidos na constelação. Quem é interrogado primeiro pelo terapeuta? Se o início da constelação ainda mostra pouca dinâmica, ele começa habitualmente pelo pai e pela mãe, passando depois para os filhos. Se, porém, logo ao começar, se manifesta num representante alguma reação nítida, o terapeuta acompanha essa dinâmica com suas perguntas e aborda os representantes que nela estejam claramente envolvidos.

Não é necessário que todos os representantes sejam logo interrogados, sobretudo nos sistemas maiores. Se uma dinâmica importante se manifesta em alguém, o terapeuta a acompanha imediatamente e, em consonância com ela, começa a fazer as primeiras alterações na imagem. Se ele o fizer, estará acompanhando a força e o fluxo de energia da constelação. Se não o fizer, com a continuação das perguntas a força se dissipa, pelo menos inicialmente. Caso se evidencie depois que seguir a primeira dinâmica não levando à solução e causando até mesmo desorientação, isso poderá ser corrigido no decorrer do trabalho.

O objetivo das sessões da constelação familiar sistêmica “consiste em acompanhar as reações dos representantes e aquilo que o terapeuta ‘vê’ e sente, e em fazer as correspondentes alterações e complementações no contexto dos relacionamentos”¹¹, de modo que o trabalho realizado é mostrado “o que aflige a alma do grupo e a mantém no destino funesto, bem como o que pode desfazer o emaranhamento ou levar a uma solução final os processos inconclusos numa família”¹².

⁶SCHNEIDER, loc. cit.

⁷VERDE, op. cit.

⁸SCHNEIDER, op. cit., p. 7.

⁹Loc. cit.

¹⁰SCHNEIDER, op. cit., p. 9.

¹¹SCHNEIDER, op. cit., p. 12.

¹²Loc. cit.

Vê-se, portanto, que, o foco da constelação familiar, procedimento fenomenológico, demonstra o conflito existente em determinada família, de modo a buscar a origem do problema e, por conseguinte, conduzir as pessoas para sua solução.

O Código de Processo Civil de 2015 e a possibilidade da utilização da constelação familiar sistêmica nas demandas familiares

Quando há um litígio dentro do anseio familiar, as emoções mais intensas e os sentimentos mais profundos são liberados pelo ser humano, incidindo no inconsciente uma gama de tensão não encontrada em nenhum outro conflito, mesmo naqueles ideológicos, religiosos, políticos ou, ainda, nas relações civis, penais, administrativas, trabalhistas, etc.

A relação familiar é resultado da escolha do planejamento de vida das pessoas, seja nas relações afetivas, seja nas relações filiais, etc. Essa relação concentra toda a expectativa de realização pessoal das pessoas e, por tal razão, valores como o afeto e a proteção estão presentes com maior intensidade.

Na maioria das vezes, o litígio traduz no rompimento dessa expectativa fomentada pelas pessoas, causando, portanto, os maiores dissabores.

Não é fácil para o magistrado lidar com essa espécie de litígio. Não só para o magistrado, mas, também, para os advogados, os promotores e todos os auxiliares da Justiça. Cada litígio representa a angústia acima retratada. E o número desses litígios só aumenta cada vez mais.

É de se ressaltar, ainda, que, além da intensidade do litígio que envolve o direito de família, o Poder Judiciário brasileiro conta com aproximadamente 79,7 milhões de processos em tramitação, conforme revela o último levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³. Tal dado revela, também, uma sociedade conflituosa.

Evidentemente que o maior cliente do Poder Judiciário é o próprio Estado, que figura como parte na maioria dos processos; entretanto, mesmo desconsiderando esse fato, ainda assim há que se concluir que nossa sociedade é litigiosa no campo processual.

O povo brasileiro tem colocado nas mãos de terceiros (Estado-juiz) a missão de resolver o seu conflito, sem pensar em buscar outras vias. Batem na porta do Judiciário com força, pressa e a vontade de ter seu direito declarado, com o intuito, muitas vezes, de ser o detentor da razão, fazendo do processo um campo de batalhas.

Nas demandas familiares, como já dito, esse sentimento é mais intenso, dada as peculiaridades do litígio e das partes envolvidas.

Neste ponto, interessante o apontamento da psicóloga Denise Maria Perissini da Silva:

O grande problema é que, como já mencionado anteriormente, as pessoas que acorrem ao Judiciário desejam ser atendidas imediatamente, através de uma decisão legal. Não estão interessadas ou preocupadas em realizar uma reflexão acerca de seu papel na dinâmica familiar ou sua conduta e repercussão na realidade interna ou externa.¹⁴

É por esse motivo que a legislação processual civil vigente traz um arcabouço normativo

¹³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório "Justiça em Números"*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

¹⁴SILVA, Denise Maria Perissini da. *Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 95.

que transcende tão somente o aspecto procedimental técnico, que era a principal característica da codificação anterior.

Pela primeira vez, o legislador insere normas fundamentais, de raízes constitucionais, a serem aplicadas em qualquer processo. Tais dispositivos, previstos no Capítulo I da Parte Geral, ratificam os direitos e garantias fundamentais concernentes ao processo elencados na CRFB/88.

Essas normas foram incorporadas na nova codificação para efetivação das garantias constitucionais, construindo um procedimento em consonância com a CRFB/88. Noutras palavras, criou-se um novo processo em que o Estado deverá resguardar os direitos e garantias fundamentais, em busca da resolução do litígio em sua essência, desapegando-se de tecnicismo exacerbado. Sobre este tema, ensina o processualista Humberto Theodoro Júnior: “foi, assim, com o objetivo de implantar, no novo Código, o espírito e as metas do processo justo, consoante as garantias constitucionais, que se redigiram as normas principiológicas rotuladas de ‘normas fundamentais do processo civil’”¹⁵.

Dentre tais normas fundamentais, o CPC reitera o direito constitucional da inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, ao dispor no artigo 3º que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Nos parágrafos que compõem o citado *caput*, destacam-se, para os fins deste trabalho, as extensões desse direito fundamental previstas nos seus §2º em que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e §3º “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Essas normas, como dito, estendem o alcance do direito da inafastabilidade do Poder Judiciário em resolver conflitos, propondo que os mesmos sejam elucidados pelas próprias partes. A nova perspectiva visa quebrar o paradigma de que nós, brasileiros, buscamos sempre uma terceira pessoa para resolver nossos conflitos, no caso, o Estado, que sempre foi corroborado com as legislações processuais anteriores, as quais buscavam a solução através do pronunciamento estatal.

O Estado não é o único que deve solucionar conflitos através de atos decisórios. O legislador passou para as próprias partes a possibilidade para tanto.

As formas de soluções consensuais dos conflitos contemplam, portanto, os objetivos da nova legislação processual civil pela busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, a pacificação social e máxima efetividade da tutela jurisdicional.

Com esse espírito, o legislador buscou estruturar um novo procedimento especial, concernente às ações de família. Pela primeira vez, o ordenamento jurídico conta com um procedimento especial destinado às demandas familiares. Essa inovação foi festejada pelos familiaristas, pois as demandas familiares possuem peculiaridades, tanto materiais, por envolver questões afetivas e de emoções as mais profundas do ser humano, tanto processuais, vez que o procedimento comum não é o adequado para a máxima prestação jurisdicional.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

¹⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 67.

Percebendo o diferente nível de litigiosidade das demandas familiares, baseadas na afetividade e de alta carga emocional, dedicou o Código de Processo Civil de 2015, nos arts. 693 a 699, um procedimento especial, diferenciado, para as ações de família, como um todo, prestigiando as formas alternativas de solução de conflitos, além de incorporar outras especificidades.¹⁶

Ressalta-se de tal lição que o Novo Código prestigiou as técnicas de solução consensual dos conflitos para por fim ao litígio familiar.

O artigo 694, do CPC, repisa o mencionado artigo 3º e seus §§ 2º e 3º, ao dispor que nas demandas familiares “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

O procedimento inteiro conta com a máxima da solução consensual, uma vez que a qualquer momento, as partes podem solicitar a suspensão do processo para se submeterem às sessões de conciliação ou mediação, contando com equipe multidisciplinar, à luz do parágrafo único do artigo supracitado.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, esse procedimento especial, com ênfase na solução consensual dos conflitos, “como forma de possibilitar aos familiares litigantes expor, verbalmente, perante a autoridade a sua versão do litígio”¹⁷.

Assim, o procedimento especial de família, criado pelo novo CPC, tem como escopo a solução construída entre as partes, seja em sessões de conciliação, mediação, ou, ainda, em outros meios alternativos de solução de conflito.

E, neste ponto, é o que o presente trabalho propõe explorar: a possibilidade do Estado, na figura do Juiz, autorizar e utilizar, havendo concordância das partes, o denominado método da “constelação familiar” ou “constelação sistêmica”.

As formas consensuais de resolução de conflitos admitem outros procedimentos que buscam a autocomposição. É o que se denomina “formas alternativas de solução de conflitos” ou *Alternative Dispute Resolution*.

Essas formas devem ser aceitas, também, dentro do processo. O inciso XXXV do artigo 5º, da CRFB/88, ao trazer o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (também compreendido o direito de ação), não se refere tão somente ao registro de uma ação, mas, sim, o direito das partes em obter procedimento adequado e justo para a solução do conflito.

Importante trazer, neste ponto, a lição de Arruda Alvim:

Mais modernamente, no entanto, observa-se considerável evolução de outros mecanismos de solução de conflitos, tais como a arbitragem, a mediação e a conciliação, que escapam à via estritamente judicial. Devido aos reflexos da utilização destes meios alternativos de solução de conflitos sobre o estudo do processo judicial, seja por contribuírem efetivamente com a função estatal de pacificação social, seja pelo interesse na análise comparativa entre esses métodos e a via judicial, verifica-se o crescente interesse da processualística moderna sobre o tema. Em razão disso, evidencia-se o alargamento do objeto da ciência do Direito Processual Civil, antes entendida como o estudo dos princípios e normas atinentes ao processo judicial (de jurisdição contenciosa e voluntária), de modo a abranger, hodiernamente, as diversas formas de solução de conflitos existentes na sociedade, independentemente de constituírem função jurisdicional. Há

¹⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2016. p. 144.

¹⁷Op. cit., p. 385.

reflexos, no próprio conceito de jurisdição, decorrentes do crescente interesse na autocomposição e em meios consensuais de resolução de conflitos. O CPC/2015, nessa medida, apresenta uma série de dispositivos que permitem concluir por uma preferência – ou uma intenção fortemente manifestada – nas soluções não conflitivas.¹⁸

Segundo Nelson Nery Júnior:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio.¹⁹

O direito à tutela jurisdicional justa e adequada não pode se resumir tão somente na ordem procedimental padrão ou, ainda, nos procedimentos concernentes às audiências de conciliação e mediação.

Neste ponto:

Certo é, de qualquer forma, que quando a Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), tal previsão constitucional deve ser interpretada como garantia das partes à ordem jurídica justa, aos meios adequados de solução de controvérsias, não obrigatoriamente pela via da heterocomposição, e muito menos necessariamente pela via jurisdicional estatal.²⁰

Este, portanto, o fundamento para a aceitação de procedimentos e técnicas processuais que adequam o direito material para a melhor solução do conflito, não compreendendo tão somente as vias tradicionais. Vias alternativas devem ser aceitas sob pena de mitigar o acesso à justiça adequada e, também, justa.

Não se quer aqui, também, reduzir a importância dessas formas de resolução de conflitos. Não. Tais formas são essenciais para um Estado Democrático de Direito.

O que se quer aqui é demonstrar que tais formas não são exaustivas e que o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário é amplo e deve abarcar demais modalidades de resoluções de conflitos.

A legislação não veda outras ferramentas para a solução que não envolva um pronunciamento judicial. Pelo contrário. A legislação processual estimula, fomenta e encoraja as demais partes do processo e o julgador em promover a utilização dessas ferramentas.

É por isso que as sessões de constelação familiar sistêmica devem ter seu espaço nas demandas familiares, como forma de resolução de conflitos, evidentemente dentro das possibilidades das estruturas e da vontade das partes.

A constelação familiar sistêmica tem o condão de não só resolver o conflito processual, mas, também, tem de resolver o conflito familiar. É este, com certeza, o objetivo final do processo: a pacificação social.

¹⁸ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 107.

¹⁹NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 210. (grifo do autor)

²⁰DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 11.

Não se trata da extinção de um processo para desatolar o Poder Judiciário, mas, sim, a resolução do conflito da família em si. Evidentemente que a utilização de tal técnica poderá trazer o benefício de eliminar muitos processos do Judiciário. É realmente um ponto positivo. Mas o objetivo mais importante, ressalta-se, é a pacificação do litígio fora do processo.

Como mencionado, o novo paradigma da processual civil, em que o Estado deve entregar a verdadeira prestação jurisdicional à sociedade de modo a satisfazer o direito material e, efetivamente, resolver o litígio, a grande aposta é depositada nos métodos alternativos de resolução de conflitos.

A intenção do legislador é minimizar o *campo bélico*, deixando com que as partes tenham ambiente para resolver, por elas próprias, sem a necessidade de submeter ao Estado a solução de seu litígio.

Dentro desse cenário, as constelações familiares podem ser uma alternativa para restabelecer as bases que se constrói a família: o respeito e a pacificação entre os membros. Mesmo que dessa solução, o núcleo familiar se desfaça, o que deve vigorar entre as pessoas é a paz emocional para um novo recomeço.

Assim, torna-se possível e viável a utilização da constelação familiar sistêmica como método consensual e alternativo para a resolução do conflito nas demandas familiares, desde que, evidentemente, a submissão em sua utilização tenha anuência e vontade das partes.

Ressalta-se que deve haver, também, por óbvio, critérios em sua utilização, devendo ser realizada por profissional apto para tanto. E, nesse sentido, as partes poderão se utilizar dos dispositivos previstos para o procedimento de família para reger a utilização da constelação familiar sistêmica no processo.

Desta forma, a constelação familiar sistêmica, desde que as partes desejam submeter-se, pode ser a ferramenta necessária para as famílias, de forma a deixar os litígios no passado, na construção de uma nova caminhada. Afinal, “o fim da constelação é realmente um começo, que produz algo que leva adiante na vida e que é alimentado por uma nova força da alma”²¹.

Resultados concretos sobre a utilização da constelação familiar sistêmica nas demandas familiares

Posto que a constelação familiar sistêmica encontra guarida no ordenamento jurídico notadamente com a interpretação do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário em que deve haver uma tutela jurisdicional justa e adequada, admitindo formas alternativas de resolução de conflitos, bem como a tônica do CPC seja fomentar a autocomposição, é de se ressaltar que tal técnica tem sido aplicada pelo Poder Judiciário, alcançando resultados significativos.

Segundo o CNJ, ao menos 11 Estados têm utilizado tal técnica²².

Recentemente, o Juiz André Tredinnick, da Vara de Família e Sucessões do Fórum Regional de Leopoldina, no Rio de Janeiro, criou o Projeto “Constelações”, introduzindo tal técnica para solução consensual de conflitos familiares. Segundo informações do CNJ:

²¹SCHNEIDER, op. cit., p. 23.

²²CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Constelação Familiar” ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. Notícias. 31 out. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

Para as primeiras experiências do projeto, cerca de 300 processos com temas semelhantes sobre questões como pensão alimentícia e guarda dos filhos foram selecionados em 2016 com apoio dos servidores da Justiça do Rio. Os representantes legais foram convidados a participar das sessões, realizadas pela equipe multidisciplinar da Associação Práxis Sistêmica.²³

Desenvolvido pelo Centro Judiciário de Soluções de Conflito e Cidadania (Cejus) local, o projeto inicialmente envolveu a aplicação da técnica de Bert Hellinger a 300 processos envolvendo questões como pensão alimentícia e guarda de menores, alcançando índice de aprovação de 80%, segundo avaliação dos participantes, bem como o alcance de acordo em 86% das audiências realizadas após as sessões de constelação familiar.

Ainda como parte do projeto, os servidores envolvidos realizarão um estudo para avaliar a aderência das partes quanto ao efetivo cumprimento dos acordos homologados, e também para desenvolver uma comparação entre tais resultados – índice de acordos e de seu cumprimento após sessão de constelação familiar – e aqueles obtidos em processos que não se valeram da técnica.

A iniciativa do juiz fluminense, no entanto, não foi pioneira. Ainda segundo o CNJ, a implantação da técnica da constelação familiar se iniciou em 2012, na Bahia, onde o magistrado responsável, Sami Storch, vem obtendo resultados significativos:

Em 2012 e 2013, a técnica foi levada aos cidadãos envolvidos em ações judiciais na Vara de Família do município de Castro Alves, a 191 km de Salvador. A maior parte dos conflitos dizia respeito a guarda de filhos, alimentos e divórcio. Foram seis reuniões, com três casos “constelados” por dia. Das 90 audiências dos processos nos quais pelo menos uma das partes participou da vivência de constelações, o índice de conciliações foi de 91%; nos demais, foi de 73%. Nos processos em que ambas as partes participaram da vivência de constelações, o índice de acordos foi de 100%.²⁴

Estudando e divulgando o método desde 2006, ainda antes de implementá-lo no Tribunal de Justiça da Bahia, o juiz Sami Storch chegou a ser homenageado pelo trabalho desenvolvido, que impulsionou a vitória do TJBA em premiação concedida pelo Comitê Gestor Nacional da Conciliação, do CNJ, durante a 9ª Semana Nacional de Conciliação, como o Tribunal brasileiro que alcançou o maior índice de composições no ano de 2014²⁵.

Assim, como previamente esclarecido neste trabalho, o juiz do interior da Bahia também entende que a técnica de constelação familiar vai ao encontro dos princípios e garantias fundamentais ancorados no novo CPC, ao buscar a resolução de conflitos em sua essência e evitando o excesso de litígios, como se observa em sua fala em entrevista à *Revista Viver Bem*:

Vivemos um novo tempo na justiça do Brasil com o novo Código do Processo Civil, as mediações, a Justiça Restaurativa, que está mais forte no Sul do país, mas está ganhando espaço, apoiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Associação de Magistrados Brasileiros. É um

²³CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Constelação familiar é aplicada a 300 casos no Rio*. Notícias. 31 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio>>. Acesso em: 29 jul. 2017. (grifo nosso).

²⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes das sessões de conciliação*. Notícias. 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62242-juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Campeão em conciliações, Tribunal é destaque em premiação do CNJ*. Notícias. 02 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79789-campeao-em-conciliacoes-tribunal-e-destaque-em-premiacao-do-cnj>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

novo momento e são novas formas de se trabalhar com um olhar muito mais amplo do que o olhar legalista. São encontradas soluções muito mais inesperadas, surpreendentes e positivas para os relacionamentos, para a base. *A satisfação é muito maior do que simplesmente uma decisão judicial impondo o que é o certo e o que é o errado. A natureza humana é muito mais complexa do que “uma pessoa é boa e a outra é má”*²⁶.

A aplicação da técnica da constelação familiar no âmbito do Poder Judiciário vem acontecendo de diversas maneiras, conforme a percepção que cada Tribunal Estadual tem a respeito de suas demandas, conforme informações trazidas pelo CNJ a respeito do trabalho realizado no Paraná:

Podem ser realizadas em casos “pré-processuais”, no decorrer de ações judiciais, ou mesmo após o seu encerramento. Sua execução pode ser postulada tanto pelas partes, como pelos seus procuradores, assim como encaminhados pelos Juízes de Direito condutores dos processos e mediadores que atuam nos feitos, por todas as varas judiciais da comarca.²⁷

Um dos formatos utilizados é a realização de sessões coletivas, nas quais são convidadas a participar as partes envolvidas em um número pré-selecionado de processos envolvendo temas semelhantes.

Após tais sessões, os processos seguem os trâmites normais, e o que se observa é um número significativo de acordos alcançados nas audiências e sessões de conciliação ou mediação que ocorrem após a sessão de constelação familiar. Fazem uso deste formato os estados de Mato Grosso²⁸ e Alagoas²⁹, por exemplo.

A outra possibilidade é que a sessão de constelação aconteça envolvendo apenas as partes no processo, antes ou durante a audiência de conciliação ou sessão de mediação, sendo que são convidadas a participar, geralmente, aqueles envolvidos em litígios mais antigos, conflituosos e que já passaram por tentativas frustradas de conciliação, sempre com consentimento das partes, como acontece no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios³⁰ e no do Pará³¹.

Destaca-se, também, que no ano de 2015, uma mediação familiar praticada no 3º Centro Judiciário de Soluções e Conflitos e Cidadania de Goiânia que utilizou a constelação familiar sistêmica foi vencedora do Prêmio “Conciliar é legal”, do CNJ. No Estado de Goiás, as sessões de constelação familiar são realizadas por juízes e, também, por psicólogos³².

Para finalizar o presente tópico, vale trazer o registro da experiência da psicóloga Rosângela Alves Montefusco, colaboradora do Tribunal de Justiça Goiano, de suas sessões:

Um dos casos que mais chamou a atenção foi o de um casal de irmãos que disputavam judicialmente um inventário de mais de R\$ 10 milhões. Eles não se falavam há 20 anos. O irmão era contra o

²⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., 02 jul. 2015. (grifo nosso).

²⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça Restaurativa e Constelações Familiares avançam no Paraná*. Notícias. 04 maio 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84704-justica-restaurativa-e-constelacoes-familiares-avancam-no-parana>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CEJUSC de Sorriso atinge R\$5 milhões em acordos durante conciliações*. Notícias. 24 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81613-cejusc-de-sorriso-atinge-r-55-milhoes-em-acordos-durante-conciliacoes>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Método da constelação familiar resolve conflitos por meio de conciliação*. Notícias. 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84040-metodo-da-constelacao-familiar-trata-35-casos-na-justica-alagoana>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

³⁰CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Projeto Constelação Familiar resolve conflitos por meio de conciliação*. Notícias. 28 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82949-projeto-constelacao-familiar-resolve-conflitos-por-meio-de-conciliacao>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

³¹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Com foco na solução de conflitos, Belém conhece a constelação familiar*. Notícias. 28 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83304-com-foco-na-solucao-de-conflitos-belem-conhece-a-constelacao-familiar>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

³²CLIPPING ELETRÔNICO. *Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF*. Notícias do dia. 05 abr. 2018. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=26508>. Acesso em: 06 abr. 2018.

casamento da irmã, realizado aos 17 anos. Ao constatar que a presença do marido da irmã impedia qualquer conversa, a psicóloga pediu para que ele se afastasse durante a Constelação Familiar e, aos poucos, os irmãos começaram a conversar. Acabaram chegando a um acordo em relação à herança e o processo foi extinto. Mais do que isso, os irmãos se reconciliaram, depois de duas décadas de separação.³³

Repisa-se, mais uma vez, que a constelação familiar tem o condão de não só resolver um litígio processual, mas, também, um litígio familiar.

Considerações finais

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, tem extrema importância para a formação de um Estado Democrático de Direito.

Tal princípio não se resume nos procedimentos insertos na legislação infraconstitucional e nas formas consensuais nela estabelecidas.

Outras maneiras poderão ser exploradas pelas partes, consagrando a entrega da tutela jurisdicional justa.

Com o advento do CPC de 2015, criou-se uma nova perspectiva na solução da lide judicial, através dos institutos previstos na própria legislação instrumental, como a conciliação e mediação, ou ainda, em interpretação constitucional, pelos meios alternativos de resolução de conflitos.

Nas demandas familiares, esse novo paradigma é ainda fomentado, principalmente pela natureza da demanda e a notável tensão existente nesse tipo de litígio.

Dentro desse novo panorama e diante do que foi apresentado, podemos concluir que:

a) o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional deve garantir às pessoas o processo justo e adequado, podendo ser adotadas técnicas alternativas para solução de conflitos;

b) o CPC de 2015 estabeleceu como novo paradigma a utilização de métodos alternativos consensuais para resolução de conflitos, sem exaurir tais métodos e reduzi-los à conciliação, mediação e arbitragem;

c) a nova legislação processual civil fomentou a utilização desses métodos nas demandas familiares;

d) as sessões de constelações familiares conseguiram atingir resultados satisfatórios quando implementadas como método alternativo de resolução de conflitos nas relações familiares; e,

e) é juridicamente possível e viável, desde que as partes desejam, a utilização das sessões de constelação familiar para a solução do conflito nas demandas familiares, garantindo melhor prestação jurisdicional às partes do processo e à sociedade, economizando tempo, “desafogando” o Poder Judiciário de processos e, principalmente, a satisfação e resolução do litígio familiar, dotado da mais alta carga emocional de qualquer demanda judicial.

³³CLIPPING ELETRÔNICO, op. cit.

Referências

- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório “Justiça em Números”*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.
- CLIPPING ELETRÔNICO. *Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF*. Notícias do dia. 05 abr. 2018. Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=26508>. Acesso em: 06 abr. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Constelação Familiar” ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. Notícias. 31 out. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>>. Acesso em: 29 jul. 2017.
- _____. *Constelação familiar é aplicada a 300 casos no Rio*. Notícias. 31 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84551-constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio>>. Acesso em: 29 jul. 2017.
- _____. *Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes das sessões de conciliação*. Notícias. 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62242-juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- _____. *Campeão em conciliações, Tribunal é destaque em premiação do CNJ*. Notícias. 02 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79789-campeao-em-conciliacoes-tribunal-e-destaque-em-premiacao-do-cnj>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- _____. *Justiça Restaurativa e Constelações Familiares avançam no Paraná*. Notícias. 04 maio 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84704-justica-restaurativa-e-constelacoes-familiares-avancam-no-parana>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- _____. *CEJUSC de Sorriso atinge R\$5 milhões em acordos durante conciliações*. Notícias. 24 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81613-cejusc-de-sorriso-atinge-r-55-milhoes-em-acordos-durante-conciliacoes>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- _____. *Método da constelação familiar resolve conflitos por meio de conciliação*. Notícias. 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84040-metodo-da-constelacao-familiar-trata-35-casos-na-justica-alagoana>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- _____. *Projeto Constelação Familiar resolve conflitos por meio de conciliação*. Notícias. 28 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82949-projeto-constelacao-familiar-resolve-conflitos-por-meio-de-conciliacao>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- _____. *Com foco na solução de conflitos, Belém conhece a constelação familiar*. Notícias. 28 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83304-com-foco-na-solucao-de-conflitos-belem-conhece-a-constelacao-familiar>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- SCHNEIDER, Jakob Robert. *Sobre a técnica das constelações familiares*. Disponível em: <<http://www.constelacaofamiliar.com.br/wp-content/uploads/2017/01/SOBRE-A-TECNICA-DAS-CONSTELACOES-FAMILIARES-Jakob.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

VERDE, Celma Nunes Villa. *Constelação familiar*. Disponível em: <<http://www.constelacaofamiliar.com.br/constelacao-familiar>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

A atuação do advogado na mediação extrajudicial como ferramenta para satisfação dos direitos materiais¹

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP.

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil e em Direito de Família e das Sucessões pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ANDREIA APARECIDA DOS SANTOS

ASHELEY SHIRLEY DA SILVA

BÁRBARA SOARES GIUS

DAIALY BORDINI DA SILVA

DALTON WILSON DIAS

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente estudo tem por finalidade analisar a atuação do advogado na mediação extrajudicial como forma de resolução dos conflitos entre partes que protagonizam o conflito. O crescente aumento do número de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário evidencia as carências sistêmicas e faz com que o trâmite processual inviabilize uma possível solução do conflito através da autocomposição. Nesse sentido, o estudo busca demonstrar que os conflitos, além das questões objetivas, possuem questões subjetivas que nem sempre são, satisfatoriamente, solucionadas por meio de uma decisão judicial, deixando-se de lado, muitas vezes, a real pretensão das partes.

Palavras-chave: Atuação do advogado. Mediação. Decisão judicial. Pretensão.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the lawyer's performance in extrajudicial mediation as a means of conflict resolution between parties who star in the conflict. The increasing number of demands brought to the consideration of the Judicial Power highlights systemic deficiencies and causes the procedural process to be impede a possible solution of the conflict by self-composition. In this sense, the study seeks to demonstrate that the conflicts, in addition to objective questions, have subjective questions that are not always, satisfactorily, settled by means of a judicial decision, leaving aside, often, the real claim of the parties

Keywords: Performance of the lawyer. Mediation. Judicial decision. Pretension.

Introdução

Desde os primórdios da civilização o homem busca defender seus próprios interesses, demanda essa que resvala, muitas vezes, em obstáculos não propriamente relacionados ao direito material. Entre os méritos da mediação extrajudicial está a oportunidade de investigar e discutir as verdadeiras causas do conflito, muitas vezes não relacionadas especificamente ao direito substantivo em si, mas decorrentes de agruras que se alojam fora da esfera do próprio direito material.

A mediação, método alternativo de solução de conflitos, pode ser buscada pelas partes para solução das controvérsias dentro do processo judicial, já que a busca pelo Poder Judiciário traz consigo riscos de ineficácia da prestação jurisdicional, decorrente tanto da

¹Este artigo é o resultado do estudo desenvolvido pelos discentes e egressos no projeto de pesquisa intitulado "Os métodos consensuais de solução dos conflitos instituídos pelo novo Código de Processo Civil e sua repercussão no direito processual civil e no direito processual do trabalho", desenvolvido ao longo do ano de 2017, com auxílio do Núcleo de Pesquisas do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva/SP, PESQDIR2017506.

morosidade processual quanto da potencialização de aspectos laterais ao direito material.

E é exatamente nesse ponto que se insere a figura do advogado na mediação. Para obter êxito na mediação, uma ou ambas as partes abrem mão do seu interesse ou de parte dele e nisto revela-se o papel fundamental do mediador em facilitar o diálogo entre os envolvidos para que estes, por si próprios, encontrem soluções para os conflitos. Sabe-se que as partes possuem pretensões e imaginam formas para que seus interesses sejam atingidos. Identificar dentro da pretensão das partes o que genuinamente está catalogado no direito material é uma função que poder ser exercida com maior primor pelo advogado. Caso as partes possam incluir no rol de elementos que constituem a pretensão de solução do conflito elementos estranhos ao direito material (mágoas, ressentimentos e outros aspectos inconscientes que não repercutem no direito material), poderá constituir-se em entraves de difícil solução na mediação.

Desta forma, as pretensões dos envolvidos no litígio e que buscam a mediação para chegarem a uma solução devem ser analisadas e conduzidas cuidadosamente, distinguindo-se a pretensão calcada no direito material de outros aspectos para, assim, trilhar o melhor caminho e atingir a pacificação social desejada.

O presente estudo busca, através do método dedutivo, promover uma análise sobre como a mediação pode ser uma opção muito atrativa para a resolução dos conflitos por promover a satisfação plena dos litigantes e com isso atingir o acesso integral à justiça. Mas é preciso caminhar para além de uma compreensão da mediação do ponto de vista formal, e criar uma cultura capaz de gerar, nos juristas em geral, a plena necessidade de identificar a verdadeira pretensão de direito material, afastando incursões alheias aos direitos substantivos e para tanto a atuação do advogado apraz-se fundamental. Tal compreensão depende da conscientização do próprio advogado de que a resposta do conflito como produto de uma competição não se constitui ferramenta harmônica aos primados que buscam encontrar na mediação a satisfação dos direitos.

Analisar-se-á, portanto, a mediação sob o prisma da implementação de uma cultura que minimize a ideia de que a competição judicial pode ser uma ferramenta mais adequada para atender os interesses das partes, com a premissa de que a mediação extrajudicial constitui instrumento à disposição da advocacia para a justa e eficaz satisfação do direito material.

Princípios norteadores da mediação

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), visando oportunizar a resolução de conflitos por meios adequados e alternativos ao processo judicial, trouxe uma disciplina inteira dedicada à mediação e conciliação. O legislador preocupou-se em assegurar ao cidadão o direito à justiça, em seu sentido mais amplo, de modo que se obtenha uma tutela satisfativa do direito, o que poderá ser alcançado através de diferentes meios, seja judicial ou extrajudicial. Na verdade, o que se espera é que o procedimento seja adequado ao tipo de conflito apresentado.

Deste modo, de acordo com o artigo 165 do CPC/2015², os casos em que não há vínculo anterior entre as partes serão remetidos aos conciliadores, que poderão sugerir soluções para

²Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

o conflito em questão. Por outro lado, os casos que envolvem partes com vínculo anterior ao conflito, e possuem relação continuada, serão remetidos aos mediadores que atuarão como facilitadores, cuja finalidade é a de auxiliar as partes da relação conflituosa a compreender as questões e interesses ali envolvidos e, a partir dessa compreensão, tenham condições de restabelecer a comunicação e assim solucionar, por si próprios, o conflito, sem a intervenção de um terceiro.

O CPC/2015 estabeleceu princípios comuns à mediação e conciliação, contudo, considerando que o presente estudo não tem por objetivo tratar sobre os dois institutos, limitaremos aos princípios específicos da mediação, os quais estão elencados no artigo 166³, dispondo expressamente que “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, da confidencialidade da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

A Lei n. 13.140/2015, que trata da mediação, repete os princípios elencados no CPC/2015 e acrescenta mais três, sendo eles: o princípio da isonomia entre as partes, da busca do consenso e da boa-fé (artigo 2^o).

Deste modo, temos em nosso ordenamento jurídico os princípios contidos no CPC/2015 e na Lei de Mediação, que se complementam. Dada a importância destes princípios, passaremos a analisá-los pontualmente.

O princípio da independência versa sobre a garantia que tem o mediador de, do início ao fim da sessão de mediação, atuar com liberdade e autonomia, livre de pressões, devendo sempre respeitar os limites legais, éticos e morais, para que possa conduzir a sessão da melhor forma possível.

Segundo o princípio da imparcialidade, o mediador deve atuar de maneira neutra, cuidando para que seus valores pessoais não interfiram na condução ou avaliação do comportamento das partes. O mediador tem de ser estranho aos interesses das partes, tendo como obrigação revelar qualquer vínculo anterior com os envolvidos no litígio, sendo tal medida essencial para garantir a credibilidade do procedimento de mediação. Na mediação extrajudicial, as partes são consultadas na primeira sessão para saber se conhecem os mediadores, diferente da mediação judicial que, de acordo com o artigo 170 do CPC/2015⁵, o mediador deve comunicar imediatamente, por meio eletrônico e devolver os autos para o juiz do processo ou para o Centro Judiciário de Solução de Conflitos, para escolha de outro mediador.

O princípio da autonomia da vontade significa que a mediação possui ambiente de respeito e diálogo em sua mais completa dimensão. Essa autonomia significa devolver às partes a capacidade de resolverem seus próprios problemas mediante uma comunicação pacífica. Não cabe ao mediador dar solução ao conflito, pois a ele cabe apenas auxiliar os mediados, para que estes, por si próprios, decidam o rumo da controvérsia e estabeleçam uma saída consensual para o conflito.

³Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

⁴Art. 2o A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

⁵Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

O CPC/2015 conferiu atenção especial ao princípio da confidencialidade ao trazer dois parágrafos em seu artigo 166. O mediador e sua equipe tem o dever de manter sigilo sobre todas as informações alcançadas na mediação, ficando proibido de ser testemunha em processo arbitral ou judicial, ou atuar como advogado dos envolvidos. Por tratar de relações continuadas, as partes muitas vezes exteriorizam sentimentos íntimos para um terceiro na sessão de mediação, no caso o mediador, e se não se sentirem seguras para expressar os fatos que os levaram a chegar até ali, a relação poderá ser prejudicada ainda mais. Em razão disso, este princípio tem a finalidade de proteger as partes, dando-lhes segurança, de modo que tudo o que é dito na sessão de mediação não poderá ser usado posteriormente em um processo litigioso. A confidencialidade abrange, portanto, todas as informações prestadas na sessão de mediação, e só poderão ser utilizadas caso haja expressa autorização das partes. A exceção à confidencialidade apenas ocorre no caso em que o mediador presencia durante a sessão de mediação a ocorrência de um crime sujeito a ação penal pública incondicionada, situação em que deve suspender a sessão e comunicar o fato à autoridade.

De acordo com o princípio da oralidade, o procedimento das sessões de mediação é realizado de forma oral, devendo o mediador criar caminhos para que as partes se comuniquem e assim consigam elaborar propostas para solução do conflito. A mediação ocorre para que as partes possam expor a situação controvertida com liberdade e sem o formalismo do judiciário. A legislação não proíbe o uso da escrita, tratando este princípio apenas da necessidade da mediação ocorrer de forma oral, visto que, no final do procedimento haverá a formalização do termo de mediação por escrito.

A mediação deve ser regida pela simplicidade, é o que se extrai do princípio da informalidade. Significa dizer que o mediador deve agir de maneira menos formal, pois não cabe na mediação aquele formalismo em excesso que, muitas vezes, encontramos no Poder Judiciário, seja na maneira de se vestir, na comunicação, dentre outros, uma vez que as pessoas se sentem mais à vontade em ambientes informais e assim se sentem aptas para construir melhores soluções para suas demandas. A doutrina se preocupou apenas em estabelecer o procedimento básico para organizar as sessões, mas não regulou o passo a passo da sessão de mediação. Deste modo, quanto à dinâmica, normalmente são marcadas sessões conjuntas, contudo, se houver necessidade e as partes optarem por sessões privadas, deverá ser respeitado seu direito, pois o propósito da mediação não é apenas solucionar o conflito, mas também a restauração do diálogo perdido até então.

Pelo princípio da decisão informada, o mediador deve esclarecer todos os pontos sempre que as partes aceitarem passar pela sessão de mediação, ou seja, deverá o mediador, facilitador da controvérsia, explicar aos mediados que ao participarem deste método consensual devem fazê-lo voluntariamente, e que poderão interromper ou suspender a sessão a qualquer momento. Deve explicar, ainda, que está atuando como terceiro facilitador, que é imparcial ao conflito e sempre que as partes acharem necessário podem consultar um assessor ou advogado, e que sua função é apenas auxiliá-las para o esclarecimento necessário à obtenção do acordo consensual.

As pessoas envolvidas na mediação devem ser tratadas com o mesmo nível de igualdade e oportunidades em todas as etapas da sessão de mediação, o que decorre do princípio da isonomia entre as partes. O mediador deve atentar-se as disparidades dos envolvidos, visto

que as diferenças nem sempre são financeiras. Sua função é checar com as partes se ambos possuem conhecimento de dados relevantes para a construção de uma possível solução do conflito. O mediador deve reforçar que está ali como terceiro neutro imparcial, e não cabe a ele proteger ou dar informações sobre direitos de qualquer das partes, havendo dúvidas poderão procurar um advogado antes de assinar o acordo.

O princípio da voluntariedade estabelece que ninguém será obrigado a fazer parte de uma sessão de mediação ou continuar nela se não desejar. A mediação é um meio consensual de conflito, de modo que as partes devem querer e escolher participar, sem que haja qualquer tipo de coação ou pressões, o que acaba prejudicando o bom desenvolvimento da sessão.

A busca do consenso é inerente a autocomposição, visto que a mediação ocorre por meio de reuniões com a finalidade de restabelecer o diálogo e a pacificação entre os envolvidos na relação conflituosa. E isto decorre do princípio da busca do consenso. O mediador, através de técnicas e estratégias adequadas, deverá criar meios para que as partes se sintam dispostas a conversar, destacando os pontos mais importantes para que a situação que as trouxeram à sessão de mediação seja trabalhada e solucionada de acordo com os interesses dos envolvidos.

Para que a mediação ocorra de maneira eficiente é fundamental que haja boa-fé entre as partes que optarem pela via consensual. O princípio da boa-fé consiste no agir com lealdade, honestidade e boa conduta, para que desta forma as partes alcancem comum acordo, sempre com respeito mútuo. É de extrema importância que as partes queiram solucionar seus conflitos, e para que esta solução seja possível o primeiro passo é adotar posturas positivas, estar aberto para ouvir o outro, deixando no passado as tentativas infrutíferas, e olhar para o futuro com a finalidade de restabelecer o diálogo, muitas vezes perdido.

Em linhas gerais, neste tópico abordamos os princípios elencados no CPC/2015 e na Lei n. 13.140/2015, a fim de demonstrar que o mediador possui várias funções na sessão de mediação, que devem ser respeitadas, do mesmo modo que às partes foram garantidos direitos essenciais, como a confidencialidade e a voluntariedade, com a finalidade de dar mais segurança aos meios consensuais de solução de conflito, bem como para que as pessoas se sintam incentivadas a procurar a mediação e, por consequência, aliviar o Judiciário que atualmente encontra-se abarrotado de processos e com deficiência no quadro de magistrados e servidores.

A atuação do advogado como mediador extrajudicial, segundo o Estatuto da Advocacia e o Código de Ética da OAB

Basicamente, o Código de Ética junto com o Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/1994) formam a base normativa para o exercício da advocacia. Em 2016 entrou em vigor o novo Código de Ética (Resolução n. 02/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) e, entre as várias alterações apresentadas, destaca-se o incentivo ao uso dos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos (mediação, conciliação, arbitragem), possibilitando aos advogados uma nova realidade jurídica e social, onde a cultura da paz e do diálogo são ferramentas essenciais para a resolução de conflitos.

Dentre as inovações destaca-se:

Art. 2º [...] Parágrafo único. São deveres do advogado: [...] VI – estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

[...]

Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente. [...] § 2º O advogado, quando no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro, se submete às regras de sigilo profissional.

[...]

Art. 48 [...] § 5º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.

[...]

Art. 77. As disposições deste Código aplicam-se, no que couber, à mediação, à conciliação e à arbitragem, quando exercidas por advogados.⁶

Além dessa mudança na legislação, é necessária também uma mudança da postura por parte dos advogados que passarão a ser o “primeiro juiz da causa”, devendo informar aos seus clientes qual a melhor via e que nem sempre a via judicial é a mais indicada.

O Direto não é só conflito, e muitos desses conflitos poderiam ser resolvidos de outra maneira, além da via tradicional do processo e de seus personagens, o juiz, o promotor, o advogado, o autor e o réu. Não é por menos que hoje em dia se discute o papel do advogado como negociador e não mais apenas como aquele que só defenderá os interesses do cliente em juízo. Infelizmente, muitos currículos dos cursos de Direito ainda germinam e promovem a litigância e a beligerância em vez da cultura de conciliação, mediação e arbitragem.

O papel do advogado não se esgota nos tribunais, ou seja, o seu papel não se encerra com a sentença judicial. Há todo um espaço de atuação antes do processo, e mesmo extrajudicialmente.

Seja no dia a dia dos escritórios ou na prestação de consultorias, o advogado precisa identificar o conflito e, ao mesmo tempo, avaliar qual é o melhor remédio para saná-lo. Evidentemente, diversas disputas exigem o exercício jurisdicional do advogado, porém várias outras podem ser solucionadas por meio da autocomposição, cabendo ao advogado oferecer aos seus clientes também as suas qualidades, habilidades e conhecimentos como mediador e como negociador.

Segundo explicita Lôbo, em comentário ao Estatuto da Advocacia e OAB:

De acordo com uma pesquisa nacional patrocinada pela OAB, 31% (trinta e um por cento) dos advogados exercem a advocacia extrajudicial, ou seja, consultoria e assessoria de empresas, de organizações não governamentais e de entidades públicas. Esse resultado expressivo é uma resposta à demanda da sociedade insatisfeita com o nosso Poder Judiciário, criando-se assim um espírito de advocacia preventiva para que de todas as formas possíveis se evite o litígio.⁷

Ao advogado que assessoria o cliente durante a mediação, destacam-se as seguintes funções:

- Antes da mediação, cabe ao advogado preparar seu cliente para a sessão, informando-o sobre as normas, auxiliando na avaliação dos fatos, interesses e metas, e avaliando os custos e os riscos dos diversos mecanismos existentes (Judiciário, mediação, arbitragem, etc.), suas vantagens e

⁶CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução n. 02/2015*. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

⁷LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Passim.

desvantagens.

- Durante a mediação, o advogado deve atuar em prol dos interesses de seu cliente com vistas à colaboração, trazer aportes de questões jurídicas quando for relevante e útil para a negociação, respeitar o protagonismo de seu cliente, redigir e revisar o acordo.

- Após a mediação, cabe ao advogado acompanhar o cumprimento do acordo, verificar a satisfação do cliente, propor a revisão e executar o acordo, se necessário.⁸

Portanto, o papel do advogado na sociedade vai muito além do que levar uma ação junto aos poderes competentes e de defender o cliente em juízo. Cada vez mais sua atuação passa pela busca de soluções rápidas para os conflitos, uma vez que o Poder Judiciário se encontra abarrotado de processos e a lentidão é certa. É o que entende Arnoldo Wald: “O papel do advogado ganha importância enquanto negociador, conciliador, que busca soluções rápidas e tenta evitar conflitos que sigam para o Judiciário”⁹.

Esses mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos devem ser vistos como uma oportunidade de mercado e, para isso, é necessária capacitação do profissional do direito para que ele possa compreender sua importância para a efetividade jurídica além dos tribunais. Durante a mediação, é natural que surjam dúvidas relativas aos direitos e deveres dos participantes, e é aí que surgem novas oportunidades de negócios para o advogado.

Os conflitos sempre existirão, é inerente aos seres humanos, uma vez que todos têm interesses diferentes. Sendo assim, cabe ao advogado incentivar as relações pacíficas e estimular a qualquer tempo a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

Procedimentos da mediação

Inicialmente, todo o procedimento de mediação dar-se-á através do diálogo, buscando por meio deste possibilitar o entendimento entre as partes. Cada mediação é única e envolve conhecimentos aprofundados e específicos de cada caso que vier a ser exposto na mediação. Entretanto, há várias formas de estruturação de procedimentos, isto ocorre pelo caráter informal que possui, tendo como uma das principais características a “liberdade e flexibilidade”, cabendo ao mediador estabelecer os procedimentos que deverão ser seguidos de acordo com o contexto, vontade das partes e o tempo. Tais métodos são considerados indispensáveis para que se preservem os direitos dos participantes e atinjam o resultado esperado.

A primeira etapa dos procedimentos é a pré-mediação, contudo, a Lei n. 13.140/2015 nada dispõe sobre esta etapa. Porém, esta fase é considerada importante pelos doutrinadores, tendo em vista que nela há apresentação do mediador e dos mediados, e também ocorre a preparação, momento em que o mediador expõe os primeiros esclarecimentos relativos à mediação e também quais serão os próximos procedimentos, os objetivos, os limites, os direitos e deveres dos participantes e qual o seu papel na sessão de mediação.

A referida fase tem o intuito de informar as partes e firmar o acordo contratual entre

⁸ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Subseção de Minas Gerais. *Cartilha de mediação*. Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG, 2009. Disponível em: <<http://www.precisao.eng.br/jornal/Mediacao.pdf>>. Acesso em: 10 ago.2017. p. 11.

⁹WALD, Arnoldo. Advogados consolidam papel de negociador em meio à crise. *Original 123*. Espaço Jurídico Bovespa, 07 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.original123.com.br/assessoria/2009/01/07/advogados-consolidam-papel-de-negociador-em-meio-crise/>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

elas, estabelecendo explicitamente quais serão as condições existentes. Torna-se importante esta fase para que se verifique se o caso é passível de ser mediado e qual a problemática em questão, como é o relacionamento existente entre as partes e para analisar se as partes estão abertas para futuros acordos.

Posteriormente, a fase de pré-mediação, ocorrerá a primeira reunião da mediação, que inicialmente alguns pontos já descritos na fase anterior poderão ser retomados. Esta etapa é considerada como o momento de maiores esclarecimentos, aqueles que ainda não foram sanados na pré-mediação, a fim de que, fiquem mais claros os impasses ainda existentes nesta etapa.

Após, tem-se a sessão de abertura, fase em que o mediador realizará um discurso, fazendo a recepção, haja vista que o mesmo tem o intuito de buscar a preparação de um ambiente favorável para a comunicação das partes.

Em seguida, ocorre a fase de relatos, momento em que os mediados irão expor a situação conflituosa, tornando-se importante que nesta etapa não haja interrupções, destacando que é um momento de escuta ativa em que haverá análise das posições e interesses, cuja função do mediador é captar as informações que envolvem o problema, definindo tal fase como delimitação das questões, dos interesses e necessidades.

Terminada a fase de relatos, inicia-se a fase da construção da agenda, em que serão mapeados quais são os pontos de principal relevância do caso, estabelecendo um cronograma das próximas etapas da mediação, de acordo com as necessidades e os interesses existentes. Essa etapa será realizada com a anuência das partes.

Em seguida tem-se a fase de resumo, realizado para que o mediador possa através deste analisar as propostas das partes para resolução da situação conflituosa. O resumo deverá ser apresentado aos mediados para verificação e concordância com o que foi redigido pelo mediador, bem como se está em consonância com as necessidades que buscam solucionar. Com estes dados preliminares, o mediador deve buscar o restabelecimento da comunicação entre os mediados.

Logo após, o mediador promoverá a escolha das propostas que considerar mais satisfatórias para os mediados, para que ocorra a negociação e também deverá minimizar os pontos negativos, fortalecendo ao máximo uma relação colaborativa entre os mediados.

Por fim, tem-se a fase de encerramento e formalização do procedimento, em que há o acordo entre as partes e a conclusão da referida mediação. Ressalta-se que em qualquer momento as partes poderão intervir para que se interrompa o procedimento, bem como o mediador, não sendo necessário que haja justificativa para tal ato.

Pretensão das partes: conflito e pacificação pela mediação

Desde os primórdios da civilização o homem busca defender seus próprios interesses, que podem, no entanto, esbarrar no interesse de seu próximo, gerando assim conflitos e conseqüentemente a necessidade em resolvê-los para o bem-estar social.

Como meio de buscar a pacificação social, atualmente tem-se a mediação, um método alternativo de solução de conflitos, que poderá ser buscado pelas partes para solução das controvérsias dentro do processo judicial, como também fora dele.

Para obter êxito na mediação, uma ou ambas as partes abrem mão do seu interesse ou

de parte dele, e nisto revela-se o papel fundamental do mediador em facilitar o diálogo entre os envolvidos para que estes por si próprios encontrem soluções para os conflitos que eles mesmos criarão.

Sabe-se que as partes possuem pretensões e imaginam formas para que seus interesses sejam atingidos, no entanto, muitas vezes idealizam a solução para o conflito, na medida em que priorizam o seu próprio interesse, focam-se apenas em uma parte do problema e perdem a noção do todo em que estão envolvidos.

Como bem salienta a Ministra Fátima Nancy Andriughy, *in verbis*:

Na mediação as partes chegam apresentando uma visão ilusória dos fatos e, conduzidas pelo mediador, passam a ter uma visão integrada, sem, contudo, haver sua interferência direta.

É dever do mediador ter muita paciência e procurar neutralizar os sentimentos para conduzir as partes à visão responsável, fazendo-as deixar de pensar no conflito, e partir para o diagnóstico e a solução encontrada por elas mesmas. A mediação visa a ensinar a pessoa a raciocinar, criando uma segunda consciência.

[...]

O papel educativo da mediação, além de conscientizar a parte de sua própria situação, conduz à compreensão da outra pessoa, dos seus valores, desejos e necessidades, na busca de soluções que envolvam respeito e aceitação mútua, compatibilizando interesses e gerando afinidades.¹⁰

Desta forma, as pretensões dos envolvidos no litígio e que buscam a mediação para chegarem a uma solução devem ser analisadas e conduzidas cuidadosamente, distinguindo-se a pretensão de natureza material e processual para, assim, tomar o melhor caminho e atingir a pacificação social desejada.

A pretensão pode ser caracterizada como a faculdade jurídica de exigir um direito subjetivo, uma declaração de vontade pela qual se solicita a atuação do Poder Judiciário, do órgão jurisdicional, frente a um conflito ou a uma lesão a um direito, tendo como objetivo a satisfação de seus interesses. Ela é, fora da relação jurídica, um direito prévio ao processo e, após a instauração deste, torna-se seu objeto.

O direito subjetivo surge da aplicação de uma norma jurídica sobre um fato considerado relevante para o direito. Ele surge do direito objetivo contido nas normas que limitam e regulam a atividade dos sujeitos de direitos em uma sociedade.

A violação a um direito subjetivo faz surgir a pretensão de um sujeito de direito. Esta pretensão pode ou não ser exigida por este sujeito. Se exigida, gera uma prestação obrigatória a ser realizada para sua satisfação.

O sujeito de direito possui também a pretensão pré-processual à tutela jurídica. Esta é exercida quando se propõe uma ação. Segundo Maria Berenice Dias, “o direito subjetivo e a pretensão não se confundem com a ação, que é um *plus*, que supõe combatividade”¹¹. A autora ainda define que:

De ordinário, a pretensão contém a ação, que é a exigência mais a atividade para que satisfaça. A ação não é só o ato de exigir. A ação ocorre na vida da pretensão ou do direito, quando esta,

¹⁰ANDRIGHI, Fátima Nancy. Novas perspectivas para mediação no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 289-296, jul./set. 2012. p. 293-294.

¹¹DIAS, Maria Berenice. *Observações sobre o conceito de pretensão*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_755\)2__observacoes_sobre_o_conceito_de_pretensao.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_755)2__observacoes_sobre_o_conceito_de_pretensao.pdf)>. Acesso em: 24 abr. 2018. p. 5.

exercida, não é satisfeita. Quando se exerce a pretensão e a ação, exerce-se o direito, sendo que, quando se exerce a ação, exerce-se a pretensão, que faz parte do direito. [...] A pretensão processual, só acionável através do remédio jurídico da “ação”, gera a obrigação do Estado de aplicar o direito, através da sentença, de forma descomprometida com o seu resultado.¹²

Entretanto, a pretensão material surge do direito subjetivo que floresce com a aplicação da norma jurídica de direito objetivo aos fatos e ações realizados na sociedade.

Desta forma, com o exercício da ação, temos a pretensão processual, pretensão à tutela jurídica a que se obrigou o Estado. Este tem como obrigação a aplicação do direito e o atendimento ao pedido de tutela por meio da sua prestação jurisdicional.

Considerações finais

A ineficiência do sistema jurídico atual, que muitas vezes não consegue dissolver e pacificar os litígios de maneira satisfatória, abre espaço para a implementação de meios alternativos para a solução dos conflitos.

Busca-se através da mediação uma solução pacífica das divergências existentes entre os litigantes, de modo que a relação entre eles seja fortalecida e os laços de confiança preservados. Apesar da presença do advogado não ser obrigatória na mediação extrajudicial (artigo 10 da Lei n. 13.140/15¹³), importante ressaltar que sua participação é recomendável para identificar na pretensão o que deveras encontra raiz no direito material, afastar eventuais interferências decorrentes de outros aspectos e, desse modo, contribuir com soluções criativas para o conflito, com plena consciência de seus deveres e direitos.

Com isso será possível compreender que o papel do advogado na solução de conflitos vai além da crença de que a defesa do constituinte em juízo é seu papel exclusivo. Mais do que isso, o advogado pode e deve trabalhar na identificação do direito material e posicionar-se nesse novo contexto como um instrumento para a solução do conflito.

O cenário atual do Poder Judiciário, abarrotado de processos, carente de infraestrutura e pessoal, revela a impossibilidade estatal de promover uma tutela jurisdicional em consonância com os ditames constitucionais.

Por tal razão, a atuação do advogado, fundamental no exercício de identificação da genuína pretensão de direito material, deve se pautar na busca de soluções mais rápidas e efetivas aos interesses de seus constituintes.

A implantação de uma nova cultura capaz de conscientizar partes e juristas da importância da mediação extrajudicial e da atuação do advogado nesse cenário poderá, a um só tempo, estabelecer novos paradigmas na atuação do causídico e contribuir para a redução do número de processos. Além disso, poderá contribuir para o equacionamento de dúvidas relacionadas aos direitos e deveres das pessoas envolvidas.

Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Novas perspectivas para mediação no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 289-296, jul./set. 2012.

¹²Loc. cit.

¹³Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução n. 02/2015*. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Observações sobre o conceito de pretensão*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_755\)2__observacoes_sobre_o_conceito_de_pretensao.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_755)2__observacoes_sobre_o_conceito_de_pretensao.pdf)>. Acesso em 24 abr. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Subseção de Minas Gerais. *Cartilha de mediação*. Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG, 2009. Disponível em: <<http://www.precisao.eng.br/jornal/Mediacao.pdf>>. Acesso em: 10 ago.2017.

WALD, Arnoldo. Advogados consolidam papel de negociador em meio à crise. *Original 123*. Espaço Jurídico Bovespa, 07 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.original123.com.br/assessoria/2009/01/07/advogados-consolidam-papel-de-negociador-em-meio-crise/>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

Obras consultadas

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A mediação no novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. *Lei n. 13.140, de 26 de março de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SP. *O papel do advogado no processo de mediação*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2016/08/o-papel-do-advogado-no-processo-de-mediacao>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2016.

As audiências de mediação e conciliação como ferramentas para efetivação do princípio da afetividade¹

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP.

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil e em Direito de Família e das Sucessões pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

CARINA ALAMINO TRIDA

GABRIEL VITOR DOMINGUES

MARCUS VINÍCIUS DOS SANTOS NOVAES

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar as técnicas processuais que visam a autocomposição do litígio e como elas têm o condão de efetivar o princípio da afetividade, constante no direito de família. Por conta da nova roupagem do direito de família, que possibilitou sua democratização e, portanto, espaço para que todos os membros se manifestem, os litígios ficaram mais intensos, e, desta forma, mitigando a incidência do princípio da afetividade, compreendida não no seu sentido subjetivo (sentimento), mas, sim, objetivo (como a demonstração de cuidado de um membro para o outro). Dentro da perspectiva da promoção da solução dos conflitos pela composição entre as partes, tais técnicas têm potencialidade de efetivar o princípio da afetividade, de modo que as partes possam retomar o diálogo e a assistência tanto moral quanto material.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Direito de Família. Autocomposição. Afetividade.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the procedural techniques that aim at the self-composition of the litigation and how they have the effect of effecting the principle of affectivity, constant in the family law. Because of the new structure of family law, which made it possible for its democratization and therefore space for all members to express themselves, the litigation became more intense and, thus, mitigating the incidence of the principle of affectivity, understood not in its meaning subjective (feeling), but, rather, objective (as the demonstration of care from one member to another). Within the perspective of promoting the solution of conflicts by composition between the parties, such techniques have the potential to effect the principle of affectivity, so that the parties can resume dialogue and assistance both moral and material.

Keywords: Civil Procedural Law. Family Right. Autocomposition. Affectivity.

Introdução

Ao longo de três décadas de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a família assumiu um caráter instrumental, como o *locus existencial* da pessoa humana. Diferentemente do regramento anterior, o atual ordenamento jurídico propicia às pessoas a possibilidade de se arranjam em diversos modelos familiares. Além

¹Este artigo é o resultado do estudo desenvolvido pelos discentes e egressos no projeto de pesquisa intitulado "Os métodos consensuais de solução dos conflitos instituídos pelo novo Código de Processo Civil e sua repercussão no direito processual civil e no direito processual do trabalho", desenvolvido ao longo do ano de 2017, com auxílio do Núcleo de Pesquisas do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva/SP, PESQDIR2017506.

disso, também foram reconhecidas outras formas de família, que eram jogadas ao limbo, tais como a união estável e a família monoparental.

As normas de direito de família assumiram outro papel, qual seja a promoção da dignidade da pessoa humana, possibilitando os indivíduos exercerem amplamente os atos existenciais.

Hodiernamente, tendo em vista a positivação de princípios no ordenamento jurídico, o princípio da afetividade tem sido um dos pilares do direito de família. Salienta-se que a aplicação deste princípio pelo Poder Judiciário não se dá pela análise da subjetividade (sentimento de afeto), mas, sim, da objetividade, que é caracterizado por atos que pressupõem, dentre outras condutas, o cuidado entre os membros da família.

No campo do direito processual civil, o legislador, atento à nova realidade de direito de família, criou procedimento próprio para as demandas familiares. A característica mais marcante desse novo procedimento reside na intensa busca da solução amigável dos conflitos.

Nos conflitos familiares, muitas vezes a afetividade tem sido deixada de lado, seja por parte dos pais que não promovem o devido cuidado com os filhos, ou mesmo o inverso, quando os filhos deixam seus pais, com idade avançada, passando por diversas necessidades.

Dentro desse cenário, o presente trabalho visa estabelecer o liame entre o direito de família e o novo procedimento reservado às ações de família e como os institutos que visam a autocomposição podem efetivar a norma-princípio da afetividade.

O caráter instrumental da família pós-constituição, o direito à busca da felicidade e o princípio da afetividade

A família assumiu uma nova roupagem com o advento da CRFB/88, consubstanciado num caráter inclusivo e instrumental, uma vez que, atualmente, a família serve como uma ferramenta das pessoas na promoção de seus atos existenciais, como a deflagração de uma entidade familiar em arranjos que desejarem.

Essa possibilidade legal permite, noutras palavras, que os indivíduos formem núcleos familiares, para, em última análise, buscarem a felicidade.

O direito da busca da felicidade é natural do ser humano e já foi sedimentado em diversos julgados como no caso da possibilidade do estabelecimento de filiação pluriparental (ou multiparental)². Trata-se de um precedente de vinculação forte.

Importante lição que se extrai acerca do direito de busca da felicidade é aquela prevista no voto do Ministro Luiz Fux no julgamento que versou a possibilidade da pluriparentalidade, no sentido de que o direito da busca pela felicidade é intrínseco ao princípio da dignidade humana.

Para elucidar a dignidade humana, o Ministro traz interessante julgamento proferido pelo Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 45, 187), no qual concluiu que “a dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade”³.

Dentro desse conceito, a dignidade humana, princípio basilar constitucional no que tange ao direito de família, “exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898.060*. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/11/2016. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

³Ibid., p. 2.

desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais⁷⁴.

Desta forma, “em estreita conexão com a dignidade humana, dela derivando ao mesmo passo que constitui o seu cerne, apresenta-se o denominado direito à busca da felicidade”⁷⁵.

O direito à busca da felicidade é um primado constitucional que deve ser promovido a todos os indivíduos, objetivando-se a efetivação da dignidade humana. Segundo consta no voto supracitado:

Cuida-se, a busca da felicidade, de preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhecendo-se não apenas as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, mas também que o Estado, então recém-criado, deveria atuar apenas na extensão em que essas capacidades próprias fossem respeitadas. Traduz-se em um mandamento a que o governo se abstenha de eleger finalidades a serem perseguidas nas mais diversas esferas da vida humana, bem assim a que não se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Nenhum arranjo político é capaz de prover bem-estar social em caso de sobreposição de vontades coletivas a objetivos individuais.⁶

É por esse motivo, portanto, que se emprega à família a noção de instrumento para a busca da felicidade. Para efetivar esse caráter, diversas foram as normas que adentraram ao mundo jurídico, transformando a família patrimonializada e sacramental em uma família existencial, plural e igualitária.

Para ilustrar essa nova perspectiva, dispõe o §7º do artigo 226, da CRFB/88, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, tem fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e compete ao Estado “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Esta, portanto, uma das formas de positivação do caráter instrumental da família, com meio de busca da felicidade dos indivíduos.

E é por essa razão que se fala em “família eudemonista”, aquela em que a preocupação do ordenamento jurídico refere-se à promoção da felicidade do indivíduo por meio da família, razão pela qual ela se repersonaliza (preocupação com os membros da família) e despatrimonializa (despreocupação com a máxima segurança do acervo patrimonial em detrimento dos membros da família, como, por exemplo, a extinção do primado da indissolubilidade do vínculo conjugal).

Nesse sentido, conforme se extrai das lições de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

O direito é repersonalizado, trazendo para o centro da relação jurídica o que antes a ladeava: a pessoa humana [...] mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis. Constrói-se uma família eudemonista.⁷

⁷⁴Ibid., p. 8.

⁷⁵Ibid., p. 9.

⁶Loc. cit.

⁷HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte, MG: IBDFAM, 2016. cap. 1. p. 27-99. p. 57.

Repisa-se que desde a CRFB/88, a família deixou de ser uma instituição cuja finalidade é a proteção patrimonial e campo para privilégio de alguns membros, tornando-se um instrumento democrático, de realização pessoal, resultando no plano de vida das pessoas e, em última análise, na própria existência.

Neste ponto, segundo Paulo Neto Lôbo:

A repersonalização das relações jurídicas de família é um processo que avança, notável em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana, e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, notadamente durante a hegemonia do interesse proprietário, que determinou o conteúdo das grandes codificações.⁸

Ademais, a família não mais é aquela formada tão somente pelo casamento. Além desse instituto, a CRFB/88 trouxe mais dois modelos nos §§ 3º e 4º de seu artigo 226, quais sejam: a união estável e a família monoparental. Ressalta-se que esse rol inserto no dispositivo em comento não é exaustivo. Diversos modelos de família foram reconhecidos, tais como a família anaparental, homoafetiva.

Essa nova estrutura jurídica também possibilita o surgimento da denominada “família mosaico”, aquela formada pela união de pessoas advindas de outras famílias em que o vínculo matrimonial ou “convivencial” foi diluído.

A grande consequência dessa nova estrutura legislativa para o direito de família foi, também, sua democratização. A legislação anterior fazia do pai a figura central e com maiores privilégios. O ordenamento jurídico atual retirou diversas regalias ao pai, em que pese socialmente os costumes sociais mostrarem em muitos casos o contrário. Hoje, todos os membros têm voz dentro do anseio familiar, guardado o grau de hierarquia dos pais para com os filhos, mas respeitada a igualdade de ambos.

Dentro dessa nova realidade acerca da família *eudemonista*, um dos pilares para essa nova roupagem do direito de família consiste no valor/princípio jurídico da afetividade.

No campo da psicanálise, a afetividade consiste num relevante fator para instituir a família.

A subjetividade, inserta no indivíduo na perspectiva das relações familiares, seja para constituir um núcleo familiar (união estável e casamento) ou na própria família (relações de parentesco) é elevada a um grau muito maior do que as configurações de família do século passado.

Segundo a jurista e psicanalista Giselle Câmara Groeninga:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações.⁹

Referido princípio não é expresso em nossa legislação, mas decorre da interpretação

⁸LÔBO, Paulo Neto. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 24.

⁹GROENINGA, Gisele Câmara. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Orientação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira). p. 28.

constitucional das normas de direito de família, consubstanciada na jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores.

O afeto, hodiernamente, é elemento basilar para a existência de uma família, uma vez que o seu caráter institucional, que visava a segurança patrimonial e manutenção da família, foi substituído por outros caracteres, tais como a pluralidade das entidades familiares e a igualdade entre os membros da família. Importante, neste ponto, a lição de Rodrigo da Cunha Pereira:

O principal sustento de uma relação conjugal está no afeto. E foi assim que a família perdeu sua preponderância como instituição. Sua importância está em ser o núcleo formador e estruturador do sujeito. O afeto tornou-se um valor jurídico, e na esteira da evolução do pensamento jurídico ganhou status de princípio jurídico. Sem afeto, não se pode dizer que há família. Ou, se falta o afeto, a família é uma desordem ou uma desestrutura.¹⁰

Desta forma, no campo da doutrina familiarista, para Maria Helena Diniz, o princípio da afetividade é o “corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”¹¹.

Há de se destacar, também, as lições de Tânia da Silva Pereira – a qual se incumbiu de nobre missão de atualizar a clássica obra de Direito de Família de um dos civilistas mais importantes da história de nosso país, Caio Mario da Silva Pereira – o princípio da afetividade “é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades”¹².

Para Maria Berenice Dias, “a afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico”¹³.

Por não constar expressamente na legislação constitucional, segundo ensina Flávio Tartuce, “pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana”¹⁴.

Diversas são as manifestações do afeto nas relações de família, a exemplo da filiação socioafetiva é um dos exemplos mais contundentes para demonstrar o princípio da afetividade como alicerce do direito de família.

Na situação acima, em que o vínculo de filiação decorre da convivência, somando-se seus elementos – *tractus, reputatio* e *nomen* – o vínculo biológico não é levado em consideração, dando-se proteção jurídica para tal relação fática. A socioafetividade decorre, portanto, do mundo dos fatos, cuja válvula propulsora é o afeto, presente em cada um de seus elementos.

Outro exemplo decorre da união estável, uma vez que se refere a um núcleo familiar afetivo decorrente do mundo dos fatos: “como se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça as pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico”¹⁵.

Ainda sob o ponto de vista da doutrina, necessário trazer as lições de Ricardo Calderón,

¹⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 218.

¹¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito de família*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38.

¹²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – direito de família*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Atualizado por Tânia da Silva Pereira). p. 68.

¹³DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 59.

¹⁴TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a. p. 25.

¹⁵*Ibid.*, p. 59.

um dos maiores expoentes do tema acerca do princípio da afetividade no direito de família.

Alerta o autor que o conceito de afetividade no direito brasileiro ainda está em construção. Por ser algo intrínseco ao subconsciente, a afetividade pode se caracterizar, também, através de atos humanos, que consubstanciam e exteriorizam o afeto.

Segundo Ricardo Calderón:

Uma das exigências que decorrem desse novo contexto é a busca por uma apuração escorreita do sentido jurídico da afetividade. Aspecto basilar, que não pode ser ignorado, tange à definição que o direito atribuirá a afetividade, certamente distinta do conceito que outras áreas lhe conferem (tais como a Psicologia, a Psiquiatria e até mesmo a Psicanálise, conforme expõe – dentre outros – Rodrigo da Cunha Pereira). Cabe ao Direito observar a realidade e dialogar com as outras ciências, mas deve, inexoravelmente, aportar em um conceito jurídico de afetividade para que reste possível a sua utilização pelos juristas, com as ferramentas que estão ao seu dispor na atualidade. As manifestações exteriorizadas de afeto podem ser captadas pelos filtros do Direito, pois fatos jurídicos representativos de uma relação afetiva são assimiláveis. Por outro lado, é negável que o afeto em si é efetivamente um sentimento anímico, inapreensível de forma direta pelo atual sistema jurídico, o que desaconselha que os juristas se aventurem na sua apuração. Consequentemente, resta tratar juridicamente apenas das atividades exteriorizadoras de afeto (afetividade), afastando-se da temática do amor.¹⁶

Dentro desse aspecto, o autor separa os significados de amor, afeto, afetividade e socioafetividade, no sentido de buscar melhor tratamento jurídico, afastando possíveis confusões:

Amor: é estranho ao Direito e às suas atuais categorias jurídicas.

Afeto: sentimento anímico de aspecto subjetivo (inapreensível de forma direta pelo Direito).

Afetividade: atividade exteriorizadora de afeto; conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova).

Socioafetividade: reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva (repercussão também captável pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova).¹⁷

Dentro da perspectiva que a afetividade se caracteriza por um conjunto de atos concretos que demonstrem esse sentimento anímico de aspecto subjetivo, para que se tenha tratamento jurídico, faz-se necessária averiguar-se a afetividade a partir de um critério objetivo:

A leitura jurídica da afetividade deve ser realizada com uma lente objetiva, a partir da persecução de fatos concretos que permitam sua averiguação no plano fático: uma *afetividade jurídica objetiva*. A partir disso parece possível distinguir os sentidos de alguns significantes muitas vezes confundidos: amor, afeto, afetividade e socioafetividade. O amor é estranho ao Direito (no seu formato atual). Há que se afastar qualquer confusão com o amor quando da significação da afetividade, posto ser o primeiro um sentimento subjetivo que escapa ao Direito, enquanto a afetividade se manifesta por intermédio de uma atividade concreta exteriorizadora que é cognoscível juridicamente.

Corolária disso, a percepção que o princípio da afetividade jurídica possui duas dimensões: a

¹⁶CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 153.

¹⁷Ibid., p. 153.

objetiva, que é retratada pela presença de eventos representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva; e a *subjetiva*, que se refere ao afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito. A verificação dessa dimensão subjetiva certamente foge ao Direito e, portanto, será sempre presumida, o que permite dizer que constatada a presença da *dimensão objetiva* da afetividade, restará desde logo presumida a sua *dimensão subjetiva*.¹⁸

E é nesse olhar objetivo que o Direito vem construindo, paulatinamente, a afetividade como princípio jurídico estruturante do direito de família.

Grande expoente do direito civil contemporâneo, Flávio Tartuce trata da evolução da afetividade na jurisprudência brasileira, em artigo intitulado “*O Princípio da afetividade no Direito de Família*”¹⁹. Para o autor, as grandes consequências da afetividade no direito de família se traduzem no (i) reconhecimento da união homoafetiva; (ii) da possibilidade de indenização decorrente do abandono afetivo; e, (iii) do reconhecimento da parentalidade socioafetiva.

O autor supracitado traz precedente do Superior Tribunal de Justiça que sedimenta o afeto como valor jurídico a ser tutelado:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento as manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculo lastreado em comprometimento amoroso.²⁰

Além disso, há que se repisar, também, o marcante julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, acerca do reconhecimento da multiparentalidade, no Recurso Extraordinário 898.060/SC, julgado em 21 de setembro de 2016, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Extrai-se, portanto, da doutrina e da jurisprudência, que a afetividade consiste, hodiernamente, num princípio jurídico estruturante do direito de família, capaz de produzir efeitos jurídicos.

Algumas características dos conflitos familiares

Postas as breves considerações sobre a evolução legislativa de direito de família e

¹⁸Ibid., p. 154. (grifo do autor)

¹⁹TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. JusBrasil. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 24 out. 2017b.

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.026.981*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 04/02/2010. Brasília, DF, 2010.

algumas de suas consequências (participação maior dos demais membros da família e o seu caráter instrumental que visa à busca da felicidade), é de se ressaltar que os conflitos que envolvem as demandas familiares são os mais complexos. A complexidade nem sempre aparece no campo jurídico, mas, sim, no subjetivismo das partes.

No âmbito processual os ânimos se afluam, principalmente quando as partes buscam a via litigiosa.

Quando se trata da esfera familiar, não é raro se observar o quanto as emoções e sentimentos podem tomar conta de questões que, se observadas apenas à luz da razão, poderiam ser resolvidas de maneira prática, objetiva e certamente menos dolorosa. A sensação de perda, impotência e frustração, muitas vezes (para não dizer que quase em sua totalidade) são as molas propulsoras dos litígios que envolvem o direito de família.

Havendo a ruptura do afeto familiar, principalmente se tratando de relações conjugais, causam a ambos os cônjuges diferentes emoções e de intensidades diferentes.

A separação, para Igor Caruso, é uma das experiências mais dolorosas do ser humano, é um processo complexo, vivido em etapas diferentes e em níveis diferentes, se assemelhando muito com a morte ou o esquecimento:

Trata-se da presença da morte na consciência e da consciência. Há uma sentença de morte recíproca. Na medida que a condenação se cumpre na própria consciência e na consciência do outro, a sentença de morte do outro significa decretar a morte de si mesmo. O outro morre em vida, mas morre dentro de mim.²¹

As ações de família é que trazem as maiores cargas de energias sentimentais conscientes e aquelas inconscientes.

Assim, uma das causas que podem ensejar o conflito familiar reside na quebra da expectativa de ter encontrado o par perfeito. Normalmente a sensação de se encontrar a “pessoa certa” ocorre quando a paixão está afluada. As características visualizadas como positivas se sobrepõem às que são visualizadas como negativas, existindo, nesta última, esperança de que seja com o tempo moldada.

Com o passar do tempo, os defeitos se transformam num grande fardo, traduzindo em desapontamento. Por consequência, o companheiro passa a se portar de maneira autoritária perante o outro, exigindo comportamentos que entenda ser o correto, criando uma verdadeira relação desarmônica. Levando essa desilusão para a demanda familiar de divórcio ou de reconhecimento e dissolução de união estável, o comportamento das partes é totalmente beligerante.

Outra causa subjacente refere-se à infidelidade. Em uma primeira abordagem, pelo senso comum, a traição é algo inadmissível e traz consigo, como uma das consequências, reprovação social generalizada. Para comprovar essa repulsa à traição, por um longo período estava o adultério, entabulado no Código Penal, ou seja, era considerado como crime, previsto no artigo 240, revogado pela Lei n. 11.106, de 25 de março de 2005.

Porém, ainda é considerado um ilícito civil, passível de ajuizamento de ação indenizatória, como é visto hoje nos tribunais, declarada procedente quando efetivamente comprovados

²¹CARUSO, Igor. *A separação dos amantes*. São Paulo: Diadorim Cortez, 1986. p. 20.

os elementos que ensejam a responsabilidade civil, o que não significa que todas as ações dessa natureza serão declaradas procedentes. Todavia, nossa análise é estudar os reflexos da traição nas ações de divórcio, como uma causa impeditiva de uma condução harmoniosa do processo.

Outra causa comum nas demandas familiares refere-se à alienação parental. Isso se observa quando, por exemplo, durante a tramitação de uma demanda que envolva guarda dos filhos, um dos pais utiliza a criança/adolescente como instrumentos de vingança, criando maus sentimentos nos filhos para o outro.

Também não é raro ocorrer na família conflitos entre irmãos. É muito comum irmãos crescerem sem harmonia, por conta de experiências negativas. Em demandas que envolvam discussão patrimonial e que, no plano jurídico, há possibilidades de se resolver o litígio de forma amigável, o sentimento negativo entre irmãos impede a autocomposição.

Outra situação frequente que desencadeia conflitos familiares é a relação entre pais e filhos. Muitas vezes (na maioria delas) o pai abandona seus filhos, privando-os do convívio afetivo e dos cuidados necessários para o desenvolvimento, deixando-os sob os cuidados da mãe. Com certeza, o crescimento desses filhos é marcado por esse abandono, o que causa sérias consequências negativas. Quando se ajuíza uma demanda, com essa carga de sentimentos, dificilmente a via consensual é utilizada.

Há inúmeras causas que deflagram uma demanda familiar. Inúmeros são os sentimentos envolvidos. Todas essas situações são meros exemplos da grande complexidade que envolve os litígios familiares.

Quando se trata de uma demanda judicial na esfera da família, se faz primordial diagnosticar as partes em questão, tentando observar até que ponto os problemas discutidos na ação podem ser resolvidos por intermédio de um diálogo em busca da solução dos conflitos, tentando aclarar às partes que não se trata de uma disputa de razões.

Trata-se, no entanto, da dissolução, dolorosa sim, de um forte vínculo afetivo, mas que deve ser superado na perspectiva de que todos podem construir uma nova vida após um fracasso e que a sensação de “luto”, assim como na viuvez, deve ser sentida e superada sem que tal superação passe pela insana tentativa de atribuir a culpabilidade a quem quer que seja.

A consequência de todos esses conflitos, dentre outras, traduz-se na ausência de afeto entre os membros da família.

Procedimento especial relativo às demandas familiares e a prioridade da solução consensual do conflito

Quando se trata da esfera familiar, não é raro se observar o quanto as emoções e sentimentos podem tomar conta de questões que, se observadas apenas à luz da razão, poderiam ser resolvidas de maneira prática, objetiva e certamente menos dolorosa.

A sensação de perda, impotência e frustração, muitas vezes (para não dizer que quase em sua totalidade) são as molas propulsoras dos litígios que envolvem o direito de família.

A praticidade dos fatos e a literalidade da lei, dos direitos e garantias do outro passam a ter um caráter mais vingativo do que propriamente a busca de uma solução pacífica dos problemas.

Não se objetiva encontrar o que cabe a cada um dos cônjuges que constituem polos

opostos da demanda familiar, mas sim a culpa que a cada um cabe pelo fracasso da união.

Resta então a indagação: Como é possível tratar de questões tão delicadas e que atingem tão profundamente os sentimentos humanos, apenas pela “letra da lei”?

Talvez seja nesse ponto, exatamente, que se faz necessário um pouco da sensibilidade da psicanálise para tentar através da mediação e do diálogo chegar ao entendimento.

Antes de rotular as partes do litígio apenas como aquele que propõe a ação e, do outro lado, aquele em face de quem a demanda é proposta, é necessário se observar de que não se trata apenas do final de um pacto matrimonial que traz consigo a separação de bens; trata-se de um pacto sentimental, cuja dissolução carrega a separação de projetos de uma vida juntos, o final da tão buscada felicidade em família.

Quando se trata de uma demanda judicial na esfera da família, se faz primordial diagnosticar as partes em questão, tentando observar até que ponto os problemas discutidos na ação podem ser resolvidos por intermédio de um diálogo que visa a solução dos conflitos tais como são, tentando fazer com que os dois lados entendam que não se trata de uma disputa para ver quem errou mais ou quem deve sofrer mais.

Trata-se, no entanto, da dissolução de um forte vínculo afetivo, mas que deve ser superado na perspectiva de que todos podem construir uma nova vida após um fracasso e que a sensação de “luto”, assim como na viuvez, deve ser sentida e superada sem que tal superação passe pela insana tentativa de atribuir a culpabilidade a quem quer que seja.

Neste cenário, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) foi pioneiro a estabelecer um procedimento especial dedicado às ações de família, compreendido nos artigos 693 e seguintes.

A intenção do legislador fora estabelecer um procedimento diferenciado para os conflitos familiares, dada as suas especificidades, envolvendo os sentimentos mais intensos do ser humano. Se a família hoje é compreendida como “eudemonista”, como *locus* existencial da pessoa humana, é inevitável que os conflitos sejam mais intensos.

A característica mais marcante do procedimento em comento refere-se à intensificação da busca da solução da lide pela autocomposição.

O artigo 694 do CPC deixa claro tal objetivo: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

Inclusive, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal autoriza a suspensão do feito para que as partes se submetam a mediação extrajudicial, com atendimento de equipe multidisciplinar.

O artigo 696 do CPC admite a divisão das sessões de mediação ou conciliação, para facilitar a autocomposição: “A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito”.

Percebe-se, portanto, que tanto na mediação e como na conciliação, são grandes apostas para por fim à cultura do litígio (artigo 3º do CPC²²) e alicerces fundamentais para a resolução dos conflitos familiares.

²²Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Importante salientar que nas demandas familiares, o Estado deve fornecer equipe multidisciplinar para a realização das sessões de mediação e conciliação, conforme previsto no parágrafo único do artigo 694, supracitado.

Além disso, dispõe o artigo 699 do mesmo Código que, nas demandas em que se discute alienação parental, o juiz deverá tomar depoimento do incapaz acompanhado de especialista.

Dada a natureza dos processos de família, portanto, a legislação estabelece maior preocupação com relação aos institutos que visam a solução consensual, contando com o auxílio de equipe multidisciplinar.

Há que se refletir que a equipe multidisciplinar, que conta com o auxílio de psicólogos, é essencial nas sessões de mediação e conciliação, uma vez que poderá elucidar às partes a importância da solução pacífica do litígio; entretanto, sabe-se que nem todos os órgãos jurisdicionais contam com tais equipes, dada a ausência de recursos para tanto.

Regras importantes previstas na Lei n. 13.140 de 2015

Além do CPC, a Lei n. 13.140 de 2015 trata sobre os procedimentos de conciliação e mediação. Cumpre salientar, de início, que, embora haja semelhanças, há diferença entre mediação e conciliação. A própria legislação processual civil expressamente distingue tais institutos, §§ 2^o²³ e 3^o²⁴ de seu artigo 165.

Recomenda-se a sessão de mediação para os casos em que houver vínculo anterior entre as partes; já a sessão de conciliação se dará nos casos em que não houver tal vínculo anterior. Desta forma, nas demandas familiares, como há o vínculo entre as partes antes de se discutir o litígio, as sessões de mediação devem ser mais frequentes.

As sessões de mediação judicial serão realizadas pelos mediadores, que poderá ser qualquer pessoa capaz que seja “graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação” (artigo 11 da Lei n. 13.140/2015).

Além disso, a pessoa deve ser capacitada em “escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”. Tal regra é extraída do artigo 11, do mesmo diploma legal.

Já a capacitação do mediador extrajudicial poderá ser “qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”, conforme determina o artigo 9º da referida Lei n. 13.140/2015.

Ressalta-se que a mediação deverá ser realizada seguindo os princípios elencados no artigo 2º, da Lei n. 13.140/2015: (i) imparcialidade do mediador; (ii) isonomia entre as partes; (iii) oralidade; (iv) informalidade; (v) autonomia da vontade das partes; (vi) busca do consenso; (vii) confidencialidade; e, (viii) boa-fé.

²³Código de Processo Civil. Artigo 165, §2º: O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem

²⁴Código de Processo Civil. Artigo 165, §3º: O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Há que se ressaltar, também, que a legislação prevê a confidencialidade e exceções desta. Dispõe o artigo 30, da Lei n. 13.140/2015, que qualquer informação constante na sessão de mediação será confidencial “em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial”. A exceção disso, constante no próprio *caput* do artigo em comento, se dá quando “as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação”.

Completa a regra do artigo supracitado seu § 1º, o qual atribui o dever de confidencialidade “ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação”.

Importante ressaltar que o mediador ou conciliador deverá atuar em prol da solução do litígio, empregando técnicas que visam aproximar as partes para que seja possível a autocomposição.

O encerramento da sessão de mediação se dá através da lavratura de termo final, “quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes”, à luz do artigo 20 da Lei n. 13.140/2015. Tal termo constitui (i) título executivo extrajudicial quando celebrado acordo ou (ii) título executivo judicial, se a homologação ocorrer judicialmente, conforme preceitua o parágrafo único do citado artigo 20.

A audiência de mediação como instrumento de efetivação do princípio da afetividade

Posto que a nova legislação instrumental concentra todos os esforços para a solução consensual nas demandas de família, pergunta-se: qual o motivo dessa nova roupagem? Por quê a legislação impõe que se concentrem todos os esforços para a solução da demanda familiar?

Isso se dá, pois, as demandas familiares naturalmente carregam uma alta carga emocional, envolvendo os sentimentos mais intensos do ser humano. É na família que os sentimentos mais profundos são construídos e reforçados. É na família, também, que encontramos o *locus* existencial e de desenvolvimento da personalidade.

Os direitos mais intrínsecos e mais caros do ser humano tais como a liberdade e o planejamento da própria vida afetiva são efetivados através da família.

Desta forma, quando há um litígio dentro do anseio familiar, as emoções mais intensas e os sentimentos mais profundos são liberados pelo ser humano, incidindo no inconsciente uma gama de tensão não encontrada em nenhum outro conflito, mesmo naqueles ideológicos, religiosos, políticos ou, ainda, nas relações civis, penais, administrativas, trabalhistas, etc.

Dentro da nova legislação instrumental, a obrigatoriedade e o fomento da submissão das partes às audiências de conciliação e mediação, parece ser a melhor solução.

Não há dúvidas de que a solução do conflito formulada pelas partes é a melhor alternativa, uma vez que tende à perpetuidade e a evitar novos litígios.

Entretanto, há de se sopesar que as audiências de conciliação e mediação não necessariamente traduzirão a solução do conflito na totalidade das demandas familiares.

Desta forma, há que se somar esforços para que as partes estejam cientes de que a

autocomposição é a melhor solução.

Como ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Cada pessoa tem o seu tempo e os seus momentos. Para além disso, a elevada carga emocional pode, também, impedir que, no momento inicial de um procedimento, o acordo seja possível. Assim, é preciso estar atento às peculiaridades dos conflitos familiares e auxiliar os participantes das demandas judiciais a que possam se beneficiar dessa importante ferramenta não apenas no início da relação processual, mas, por igual, durante toda a tramitação do procedimento.²⁵

Nesse ponto, ao que interessa ao objeto específico deste trabalho, é através da família que a afetividade é engendrada e, quando há o litígio, ela pode ser desmantelada. É no litígio que o convívio familiar e, conseqüentemente, aquele conjunto de atos que perfazem a afetividade, numa visão objetiva, podem não mais existirem.

Dentro do contexto da nova sistemática processual civil concernente às demandas familiares, a partir da máxima da concentração de todos os esforços para a solução consensual do conflito, pode-se afirmar que os instrumentos que propiciam tal proposta (audiências de mediação e conciliação) podem dar efetividade ao princípio da afetividade.

Isso porque, o objetivo de tais audiências é justamente a aproximação das partes, que estão carregadas da alta tensão emocional decorrentes do litígio de família.

Essa aproximação pode acarretar no restabelecimento de um convívio familiar (como no caso das relações de filiação), ou, ainda, de um contato amigável entre pessoas que foram casadas ou viveram em união estável.

O reencontro e a volta do diálogo podem propiciar aos familiares em litígio a volta da relação familiar, presente, nelas, a afetividade deixada de lado por conta do litígio.

Não se busca aqui o limitar o objeto na busca da perpetuidade da relação familiar decorrente do casamento ou da união estável. Não é isso.

O que se visa afirmar neste trabalho é que tais procedimentos (audiências de mediação e conciliação) têm potencialidade de reaproximar as partes de modo a resolver o litígio de forma amigável, executando, no mundo prático, aquilo que ficou convencionado.

Para ilustrar esse efeito, podemos citar as demandas que envolvam (i) indenização por abandono afetivo; (ii) guarda; (iii) parentalidade (filiação); (iv) separação; (v) divórcio; (vi) reconhecimento e dissolução de união estável, dentre outras.

Imagine-se, por exemplo, uma demanda que verse sobre alimentos pleiteados por filho contra o pai, em que o contato não se dá há anos. A realização de sessões de mediação poderá reaproximar as partes, de modo que o afeto possa se fazer presente novamente. Não se quer dizer o afeto positivo subjetivo (amor), mas, sim, naquelas condutas caracterizadoras do afeto objetivo, como o cuidado, alimentação, educação, dentre outros.

Este o objetivo que o presente trabalho pretende elucidar.

A mediação e conciliação são ferramentas que podem dar efetividade ao princípio da afetividade, no sentido de restabelecer a relação e convivência familiar, consubstanciada no conjunto de atos que caracterizam a afetividade, com base no critério objetivo, exposto no tópico anterior.

²⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 151.

Considerações finais

O direito de família recebeu uma nova roupagem a partir da CRFB/88. O caráter patrimonial e patriarcal deu lugar para a repersonalização do direito civil, servindo a família como um instrumento de realização existencial, em busca da felicidade. Essa é a família *eudemonista*.

A partir dessa nova perspectiva, dentre tantos alicerces que sustentam o direito de família, o princípio da afetividade tem sido um dos nortes da família do século XXI. Afetividade compreendida objetivamente, através de um conjunto de atos no mundo dos fatos que traduzem o afeto.

Diversos foram seus impactos, tais como o reconhecimento das relações homoafetivas, filiações socioafetivas, indenização por abandono afetivo e, último deles, o reconhecimento da multiparentalidade.

De outro lado, no que tange ao direito processual civil, as demandas que envolvem o direito de família são as que possuem a maior carga de tensão emocional e sentimental entre as partes.

Para a tutela do direito material discutido em tais ações, o CPC de 2015 criou um procedimento especial, fomentando a utilização das ferramentas que permitem a solução consensual do conflito, notadamente através das audiências de conciliação e mediação.

Dentro desse novo panorama e diante do que foi apresentado, podemos concluir que:

- a) os indivíduos têm o direito de buscar sua felicidade; podendo utilizar-se da família como um instrumento para tanto;
- b) o direito de família foi repersonalizado, preocupando-se mais a legislação constitucional e infraconstitucional com os membros da família (pessoa humana) do que a instituição família;
- c) a afetividade ganhou relevo no direito de família, elevada a *status* de princípio norteador pela jurisprudência e doutrina;
- d) a afetividade objetiva traduz-se num conjunto de atos pelos quais se possam externar o afeto;
- e) a nova legislação instrumental criou um novo procedimento para as demandas familiares, com o objetivo de concentrar todos os esforços para a solução consensual;
- f) o ordenamento jurídico prevê, tanto na codificação processual civil quanto em legislações processuais extravagantes, procedimentos que visam alcançar a autocomposição do litígio, seja pela sessão de conciliação, seja pela sessão de mediação; e,
- g) os instrumentos para a busca da solução consensual – audiência de mediação e conciliação – podem efetivar o princípio da afetividade, na medida em que têm o condão de restabelecer vínculos afetivos e, desta forma, propiciar o conjunto de atos que consubstanciam a afetividade.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.026.981*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 04/02/2010. Brasília, DF, 2010.

- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898.060*. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/11/2016. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2018.
- CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CARUSO, Igor. *A separação dos amantes*. São Paulo: Diadorim Cortez, 1986.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito de família*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GROENINGA, Gisele Câmara. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Orientação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira).
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte, MG: IBDFAM, 2016. cap. 1. p. 27-99.
- LÔBO, Paulo Neto. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – direito de família*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Atualizado por Tânia da Silva Pereira).
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.
- _____. *O princípio da afetividade no direito de família*. JusBrasil. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 24 out. 2017b.

O jogo do processo e os meios alternativos de solução de conflitos¹

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP.

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil e em Direito de Família e das Sucessões pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

CAROLINE DA SILVA JACOB

GUILHERME LUIZ RIBEIRO

JÚLIA CAMPOS DE OLIVEIRA

MARIANA DA SILVA JACOB

YURI MARTINS

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a análise do instituto da mediação no âmbito judicial, abordando as inovações trazidas pela nova legislação, além de promover um estudo sobre como esse instituto colabora com o direito fundamental de acesso à justiça, dentre outros direitos fundamentais que devem ser observados na prestação jurisdicional. A pesquisa pretende analisar os principais aspectos que impulsionam a litigiosidade, entre os quais a utilização do processo como um instrumento de competição (jogo) que, na maioria das vezes, instiga os litigantes a buscar a via judicial apenas com o objetivo de colher uma vitória e impor ao adversário o jugo de uma derrota.

Palavras-chave: Mediação judicial. Direitos fundamentais. Processo como um jogo.

Abstract: The present work aims at the analysis of the institute of mediation in the judicial sphere, addressing the innovations brought about by the new legislation, in addition to promoting a study on how this institute collaborates with the fundamental right of access to justice, among other fundamental rights that must be observed in the judicial service. The research intends to analyze the main aspects that drive the litigiousness, among them the use of the process as an instrument of competition (game) that, mostly, instigates the litigants to seek the judicial route only with the objective to reap a victory and impose on the opponent the yoke of defeat.

Keywords: Judicial mediation. Fundamental rights. Process as a game.

Introdução

Há algum tempo surgiram debates acerca da ineficiência do Poder Judiciário, os quais lançaram luz sobre a importância de se institucionalizar meios alternativos para a solução dos conflitos, primados esses observados pela ordem jurídica que normatizou a mediação no Código de Processo Civil de 2015 (CPC) e na Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15).

Até então, os métodos alternativos de solução dos conflitos eram vistos como meios

¹Este artigo é o resultado do estudo desenvolvido pelos discentes e egressos no projeto de pesquisa intitulado “Os métodos consensuais de solução dos conflitos instituídos pelo novo Código de Processo Civil e sua repercussão no direito processual civil e no direito processual do trabalho”, desenvolvido ao longo do ano de 2017, com auxílio do Núcleo de Pesquisas do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, PESQDIR2017506.

secundários ao processo judicial, tanto pela sociedade, quanto pelos próprios juristas. As novas disposições acerca desses métodos foram pensadas considerando que, muitas vezes, o processo judicial não consegue ser eficiente, fato que provoca, em determinadas situações, o retorno da parte lesionada ao Poder Judiciário.

Por outro lado, verifica-se que a litigiosidade decorre muitas vezes de uma postura das partes litigantes em buscar a resposta jurisdicional para atender um afã inconsciente relacionada à competição.

O processo, na esteira do que preconizava Piero Calamandrei², pode transformar-se em um palco de disputas que visam apenas a obtenção de um resultado, afastando-se, lamentavelmente, da ideia de que o processo deva, genuinamente, constituir-se ferramenta para a realização do direito material e pacificação social.

Por tal razão, é que surge a necessidade de se analisar se a demanda judicial é mesmo a opção mais viável, ou efetiva, para a solução do litígio. Isto porque, é notório o fato de o Poder Judiciário se encontrar “entupido” de demandas, muitas, ainda sem expectativa de solução.

Deste modo, a busca por outros métodos envolve algo mais profundo, colocar fim ao conflito levando em consideração a busca real das partes.

Tem-se, portanto, como objetivo do presente estudo, a análise sobre a importância da mediação judicial para resolução dos conflitos, na medida em que se busca compreender as relações humanas e a forma como interagem dentro do processo judicial, além de verificar se as soluções promovidas pelo Poder Judiciário se apresentam como soluções efetivas, dentro de um tempo razoável.

Código de Processo Civil e a Lei de Mediação

Com o advento do CPC, em 2015, buscou-se a implementação no processo de diversos valores e princípios fundamentais, notadamente previstos no bojo da CF/88, que anteriormente não tinham guarida no Código Buzaid³.

O CPC, logo nas normas fundamentais do processo civil, prevê que o Estado fomentará a solução consensual dos conflitos através da via transacional dos institutos da conciliação, mediação e arbitragem, bem como outros possíveis métodos (artigo 3º, §§ 2º⁴ e 3º⁵).

No mesmo sentido, distribui a competência, para os tribunais, de criação de centros judiciários para a realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, a fim de estimular a autocomposição (artigo 165 do CPC⁶).

De fato, esses valores consensuais também decorrem das normas infralegais previamente estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a exemplo da Recomendação n. 50, de 08 de maio de 2014, e especificadamente a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.

Ressalta-se, desde já, que as técnicas de conciliação e de mediação endoprocessuais

²CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2003. v. 3. Passim.

³A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), também conhecida como *Código Buzaid*, em virtude de um dos seus principais idealizados, era constituída por procedimentos rígidos e inflexíveis, delineando-se, com o advento da *Nova Lei*, o constitucionalismo processual por meio da interpretação flexiva do texto constitucional, juntamente com a sistematização e aplicação das normas constitucionais ao processo civil.

⁴§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

⁵§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁶Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

constituem uma garantia do direito fundamental da duração razoável do processo (inciso LXXVIII do artigo 5º, CF/1988⁷), uma vez que resguardam meios para a celeridade e economia processual, rechaçando de vez a morosidade.

Não se deve olvidar que um dos principais objetivos dos métodos de solução consensual de conflitos – além de garantirem um direito previsto pela Diretriz Maior, atrelado ao abandono da cultura de litigiosidade, pela via judicial –, está em desafogar o Poder Judiciário devido ao desenfreado acúmulo de processos.

Importante ressaltar, nesse contexto, que apesar de a autocomposição ter previsão em diversos dispositivos do CPC, dentre eles os artigos 149⁸, 334⁹ e 695¹⁰, a Lei n. 13.140/2015 o derogou em parte, trazendo algumas mudanças nas regras de atuação do mediador¹¹.

Nesse ponto, é de bom alvitre expor que a nova orientação apontada pelo CPC exortou o advento da Lei de Mediação para que a mesma estabelecesse as especificidades do instituto, tais como os seus requisitos, procedimentos, métodos de abordagem, sob o prisma de que “a autocomposição seja a principal política pública do judiciário para a solução efetiva de conflitos”¹².

Consiste a mediação, portanto, na atuação imparcial do mediador em estimular e auxiliar as partes em identificarem e desenvolverem, por si próprias, a solução do litígio, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 1º, da Lei n. 13.140/2015¹³.

No decorrer, estabelece o artigo 2º¹⁴, do mesmo diploma legal, que a mediação será regida pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, informalidade, autonomia da vontade, busca do consenso, dentre outros, os quais serão explorados no tópico três do presente artigo (audiência de conciliação e mediação - mediadores, sanções e procedimento).

Insta salientar que a audiência de conciliação e, especificamente, a de mediação, são presentes no procedimento comum após a interposição de petição inicial apta (artigo 319¹⁵ e seguintes, do CPC) e desde que não seja o caso de improcedência liminar do pedido (artigo 332¹⁶, também do CPC).

Ademais, apenas não será possível a sua realização, caso ambas as partes manifestem, expressamente, desinteresse na composição consensual, ou se a matéria não comportar autocomposição, nos termos dos incisos I¹⁷ e II¹⁸ do parágrafo 4º, artigo 334, do CPC.

⁷LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁸Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

⁹Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

¹⁰Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

¹¹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de mediação judicial*. 6. ed. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/t247f5ce60d2774e59d6e2dddbfec54.pdf>>. p. 249. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹²Ibid., p. 44.

¹³Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

¹⁴Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

¹⁵Art. 319. A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

¹⁶Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

¹⁷I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; [...].

¹⁸II - quando não se admitir a autocomposição.

Portanto, a pretensão do CPC está, primeiramente, em conduzir o processo para a resolução consensual da lide, almejando-se a celeridade e a efetividade processual, bem como o incentivo ao abandono da cultura de litigiosidade.

Audiência de conciliação e de mediação: mediadores, sanções e procedimento

O CPC se inicia com capítulo referente às normas fundamentais do processo civil e dentre as diretrizes estabelecidas, encontra-se o dever do Estado de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (§ 2º do artigo 3º, CPC), bem como estabelece que a conciliação, mediação e quaisquer outros métodos consensuais de solução de conflitos devem ser estimulados pelos juízes, membros do Ministério Público, Defensoria Pública e advogados, dentro e fora do processo judicial (§ 3º do artigo 3º, CPC).

Muito embora todas as normas sejam importantes, pode-se inferir que a inserção de referidas diretrizes no primeiro título e capítulo do CPC denota que elas devem nortear toda a atuação das pessoas que participam do processo, principalmente advogados, juízes, promotores, defensores e auxiliares da justiça como um todo.

Antes de tratarmos do procedimento afeto à audiência de conciliação e mediação, é válido ressaltar que autor e réu devem, expressamente, na petição inicial ou em petição simples, já que a contestação, na forma do inciso I do artigo 335, do CPC¹⁹, será apresentada após a realização da audiência de conciliação, respectivamente, indicar se têm interesse ou não na realização de audiência de conciliação e mediação, sendo esta excluída apenas nos casos em que ambas as partes sejam uníssonas no sentido de não haver interesse na solução consensual do conflito.

O mesmo procedimento se aplica aos casos em que há litisconsórcio, pois a audiência inicial de conciliação e mediação apenas não se realizará se todos, sem exceção, se manifestarem pela impossibilidade de solução consensual para o litígio (§§ 5º e 6º do artigo 334, do CPC²⁰).

A Lei, assim estabelecendo, atribuiu caráter de obrigatoriedade à audiência inicial de conciliação e mediação, não podendo o juiz, ao seu livre arbítrio, pular esta etapa do procedimento, o que, de acordo com Antônio Carlos Ozório Nunes²¹, demonstra que a intenção do legislador foi privilegiar a resolução dos conflitos através da autocomposição, notadamente a mediação e a conciliação.

Um ponto importante a ser destacado é o de que, tanto a Lei de Mediação quanto o CPC, preveem que a mediação poderá ser realizada por qualquer meio eletrônico que facilite a comunicação das partes à distância, desde que elas estejam de acordo a respeito da utilização de referido meio (§ 7º do artigo 334, do CPC²² e artigo 46 da Lei n. 13.140/2015²³).

A legislação, qual seja o CPC, em seu teor, traz o mesmo procedimento tanto para a audiência de conciliação quanto para a audiência de mediação. Todavia, apesar de primarem

¹⁹ I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

²⁰ § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

^{6º} Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

²¹ NUNES, Antonio Carlos Ozório. Manual de mediação: guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 59.

²² § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

²³ Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

a mesma finalidade, que é a solução consensual do litígio, elas trazem em si diferenças que o próprio código fez questão de ressaltar.

Desta feita, de acordo com o § 2º do artigo 165, do CPC²⁴, a conciliação deve ser adotada nos casos em que não há vínculo anterior entre as partes, podendo o conciliador, neste caso, adotar posição mais ativa, sugerindo soluções para o conflito. Por sua vez, conforme o § 3º do artigo 165²⁵, do mesmo diploma legal, a mediação deve ser utilizada nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes. Neste caso, o mediador deve restabelecer o diálogo entre os litigantes, fazendo com que eles entendam as questões e interesses em litígio e possam, chegar por si mesmos, em soluções consensuais para o direito em conflito.

Distribuída a petição inicial, estando ela apta e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz deverá designar audiência de conciliação e mediação com 30 dias de antecedência, no mínimo, sendo que o réu deve ser intimado para a audiência no mínimo 20 dias antes da data designada, é o que preceitua o artigo 334, do CPC.

O mencionado código também estabelece que podem ser realizadas várias sessões de conciliação e mediação, desde que sejam necessárias para a composição das partes e o lapso temporal entre elas não ultrapasse dois meses (§ 2º do artigo 334, do CPC²⁶). A Lei de Mediação, por sua vez, em seu artigo 28²⁷, estabelece o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, sendo cabível a prorrogação do prazo mencionado, desde que as partes requeiram.

Ademais, é importante ressaltar que entre o início de uma sessão de conciliação e o início de outra, deve ser respeitado o intervalo mínimo de 20 minutos. A respeito desse aspecto, deve prevalecer o estabelecido na Lei de Mediação, tendo em vista que ela permite a prorrogação do prazo designado para a realização de sessões de mediação. Tal previsão está de acordo com o negócio jurídico processual, expresso no artigo 190 do CPC²⁸.

Tendo em vista a importância da audiência de conciliação e mediação, e por se tratar de norma fundamental do processo civil, de acordo com o § 8º do artigo 334, do CPC²⁹, a ausência injustificada de uma das partes ao ato processual em comento será considerada ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionada com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. Por outro lado, como forma de incentivar a mediação, o artigo 29 da Lei de Mediação estabelece que “solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais”.

Deve-se destacar que as partes devem comparecer acompanhadas de advogado ou defensores públicos, sendo permitido que constitua representante, por meio de procuração específica, dando a ele poderes para negociar e transigir. Caso as partes não tenham condições financeiras suficientes para arcar com a contratação de advogado particular, será assistida

²⁴ § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

²⁵ § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

²⁶ § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

²⁷ Art. 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

²⁸ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

²⁹ § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

pela defensoria pública. Fica dispensada a companhia das partes por advogado apenas nos casos em que a lei expressamente permitir, como é o caso das ações cujo valor da causa não ultrapasse vinte salários-mínimos (Lei n. 9.099/1995).

A Lei de Mediação estabelece diretrizes procedimentais para as sessões de mediação judicial e extrajudicial. Como premissa comum a ambas as formas, prevê que o mediador deve, ao início da sessão e sempre que julgar necessário, alertar as partes sobre a confidencialidade afeta ao procedimento. Além disso, tanto na mediação extrajudicial quanto na judicial podem ser admitidos outros mediadores, desde que a complexidade da causa justifique a necessidade e desde que as partes anuem ou requeiram. Ademais, ainda que penda processo judicial ou arbitral, as partes podem optar pela mediação e requerer a suspensão do feito por prazo suficiente para que o litígio seja consensualmente solucionado.

Além de suspender o processo, a tentativa de solução consensual por meio da mediação também suspende o prazo prescricional pelo tempo necessário para o deslinde do procedimento de mediação, nos moldes do parágrafo único do artigo 17, da Lei n. 13.140/2015³⁰. A lei em comento também dispõe que o mediador, no desempenho de suas funções, pode se reunir com as partes em conjunto ou separadamente e solicitar delas as informações necessárias para promover entre elas o entendimento e a conseqüente solução do conflito.

No que tange especificamente à mediação judicial, a Lei de Mediação estabelece que ela será realizada pelos centros judiciários de solução consensual de conflitos, criados pelos tribunais, e que serão responsáveis pela realização de audiência de conciliação e mediação pré-processuais e processuais, bem como pelo desenvolvimento de programas para orientação e estímulo ao uso da mediação como forma de solucionar conflitos. Sobre a mediação pré-processual, assim leciona Antônio Carlos Ozório Nunes:

Como vimos, a lei manteve a mediação pré-processual, que há algum tempo já é realidade no país e ganhou força a partir da Res. CNJ125. Elas ocorrem nos âmbitos dos Cejuscs. Ao manter esta modalidade de mediação e não deixar tudo para o âmbito extrajudicial o Estado brasileiro mostrou seriedade em relação ao tema, pois, como dissemos, tratou a mediação como um serviço público essencial, na busca de um atendimento adequado à população, sobretudo aos mais carentes, para o fundamental direito de acesso à Justiça.³¹

Nada obstante, estando o processo já em curso, poderá ocorrer a mediação processual, na sede do próprio juízo em que tramite o processo. O conflito poderá ser resolvido por meio da mediação a qualquer tempo, independentemente da fase processual em que se encontre, haja vista que a *novel* legislação processual civil privilegia a solução consensual dos conflitos, devendo a tentativa de conciliação guiar o juiz durante todo o processo. Exemplo disso é a determinação de que o juiz deverá tentar conciliar as partes como primeiro ato da audiência de instrução, independentemente da aplicação de outros métodos consensuais anteriormente (artigo 359 do CPC³²).

Muito foi dito sobre a possibilidade de solução da lide de forma consensual em qualquer fase do processo. Todavia, será que é possível e permissível que ocorra a autocomposição

³⁰Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

³¹Op. cit., p. 58.

³²Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

quando o processo já estiver em fase recursal? O CPC responde claramente esta pergunta quando, no inciso I de seu artigo 932, estabelece como incumbência do relator “dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes”. Por meio dessa previsão legal, resta claro que a mediação poderá ocorrer a qualquer tempo e instância. A respeito do tema esta é a lição de Antônio Carlos Ozório Nunes:

O dispositivo comprova a busca constante para o consenso. Nada impede que, mesmo havendo sentença e, em caso de recurso, o relator do processo busque levar às partes aos caminhos da autocomposição, que deverá ser conduzida pelo próprio Núcleo de Conciliação e Mediação da segunda instância, se houver, ou pelo Cejusc ou o Juízo relacionado à Vara de origem daquele caso. Esta foi mais uma importante inovação do CPC para induzir o consensualismo, a cooperação e a boa-fé.³³

Ademais, quanto ao procedimento a ser utilizado para as sessões de mediação, por tudo o que já foi disposto, ficou claro que nem o CPC e nem a Lei de Mediação estabelecem um procedimento fixo para a sua realização. Andou bem o legislador em assim fazer, tendo em vista que cada caso possui uma peculiaridade específica e os métodos eficazes para um caso podem não ser para outro em razão da diversidade das demandas.

A despeito dessa flexibilidade conferida à mediação, ela pode ser dividida em várias fases: “início da mediação (primeira reunião); reunião das informações; delimitação das questões, interesses e necessidades; a construção da agenda; as negociações e a escolha de opções, e finalmente o acordo”³⁴.

A primeira reunião é o marco inicial do procedimento de mediação judicial e é considerada de extrema importância para o desenrolar das tratativas, visto que é nela que se busca estabelecer um bom diálogo e a confiança entre as próprias partes e delas para com o mediador. É importante, também, estabelecer a data para essa primeira reunião, pois ela marca, como anteriormente ressaltado, o início do processo de mediação e, conseqüentemente, a partir dela ficará suspenso o prazo prescricional (artigo 17 da Lei n. 13.140/2015). Nessa primeira reunião, o mediador alertará as partes de todas as regras e princípios que regem o procedimento, principalmente em relação às regras de confidencialidade, como prevê o artigo 14 da Lei n. 13.140/2015: “no início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento”.

Para Antônio Carlos Ozório Nunes³⁵, essa preocupação que a legislação imprime à confidencialidade se fundamenta pelo fato de que a confiança é a base para que a mediação transmita credibilidade às partes.

Após a abertura, ainda na primeira reunião, inicia-se a fase de delimitação dos relatos muito importante para que cada um tenha contado com a versão da parte contrária e para que o mediador estabeleça os interesses e necessidades dos envolvidos e, assim, despolarize o conflito e trace o melhor método de abordagem.

³³Ibid., p. 61.

³⁴NUNES, op. cit., p. 63.

³⁵Ibid., p. 65.

Em seguida, dá-se início à construção da agenda, das negociações integrativas e da fase de opções com vistas ao acordo. Tudo isso é realizado em um procedimento que pode perdurar por diversas semanas e o mediador, durante todo o tempo, deverá ser um facilitador, construindo uma relação harmônica entre os envolvidos.

Ao final do procedimento, caso haja acordo, o processo é encaminhado ao juiz que mandará arquivá-lo e poderá homologar, por meio de sentença, o acordo celebrado entre as partes e, enfim, dar termo à mediação e determinar o arquivamento do processo.

É importante destacar que o procedimento de mediação se encerrará com a lavratura do seu termo final havendo acordo ou quando não houver mais chances para se obter a solução consensual, seja por meio de declaração do próprio mediador ou por qualquer uma das partes. Além disso, de acordo com o parágrafo único do artigo 20³⁶, da Lei de Mediação, havendo acordo, o termo final de mediação constitui título executivo extrajudicial ou judicial, na hipótese de ser homologado judicialmente.

Papel do juiz, dos advogados, das partes e auxiliares da justiça na mediação judicial

A jurisdição vem, a cada dia, experienciando alterações na forma de compreender os conflitos e, conseqüentemente, adequa seus resultados para a tentativa de obter a pacificação social.

Foi promulgada no dia 26 de junho de 2015 a Lei n. 13.140, ou mais conhecida como Lei de Mediação, e, desde então, vem sendo utilizada para a solução de tais conflitos no âmbito jurídico.

Na mediação judicial, as partes envolvidas no processo deverão ser assistidas e orientadas por advogados, defensores públicos ou pela Defensoria Pública quando comprovada insuficiência de recursos. É o que diz o artigo 26 da Lei n. 13.140/2015:

Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nos 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.

Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública.

Tanto o advogado como as partes que auxiliam durante a mediação devem preservar as seguintes funções:

-Antes da mediação, cabe ao advogado preparar seu cliente para a sessão, informando-o sobre as normas, auxiliando na avaliação dos fatos, interesses e metas, e avaliando os custos e os riscos dos diversos mecanismos existentes (Judiciário, mediação, arbitragem, etc.), suas vantagens e desvantagens.

- Durante a mediação, o advogado deve atuar em prol dos interesses de seu cliente com vistas à colaboração, trazer aportes de questões jurídicas quando for relevante e útil para a negociação, respeitar o protagonismo de seu cliente, redigir e revisar o acordo.

- Após a mediação, cabe ao advogado acompanhar o cumprimento do acordo, verificar a satisfação do cliente, propor a revisão e executar o acordo, se necessário.³⁷

³⁶Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

³⁷ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Subseção de Minas Gerais. *Cartilha de mediação*. Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG, 2009. Disponível em: <<http://www.precisao.eng.br/jornal/Mediacao.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018. p. 11.

Todavia, os auxiliares e advogados exercem papel importante na participação da mediação para o fim de oferecer um caminho mais rápido e menos desgastante para solucionar os conflitos do que um processo judicial tradicional, como é citado na Lei n. 13.105/15, § 3º do artigo 3º, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O juiz, entretanto, atuará normalmente, designando audiência a partir do recebimento da petição inicial, assim como está disposto no artigo 334 do CPC.

A Lei n. 13.140/2015 também faz referência a essa audiência, dado pelos artigos 27 e 28. Portanto, o juiz deverá concluir todas as etapas sem dispensar a realização da audiência ou qualquer outro procedimento, sem que antes as partes manifestem desinteresse na autocomposição, expressamente pelas partes envolvidas na disputa (§ 4º, inciso I do artigo 334, do CPC), ou o caso a demanda trate sobre direitos em que não se admite autocomposição (§ 4º, inciso II do artigo 334, do CPC).

Conclui-se que, pelo CPC o juiz será guiado pela consensualidade durante todo o processo, ele concilia as partes independente do emprego anterior de outro método de solução consensual de conflitos, e caso haja acordo, o juiz homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação, determinando o arquivamento do processo (parágrafo único do artigo 28, da Lei n. 13.140/2015³⁸).

Processo como um jogo

Desde os primórdios da humanidade a batalha tem sido vista como algo natural, inerente ao homem, mas de formas diferentes, algumas vezes justificada pela expansão territorial, outras pela divergência cultural, mas, certo é que há um bom tempo, como bem colocou Thomas Hobbes, em célebre obra intitulada “Leviatã”³⁹, o homem tem sido “o lobo do homem” e na busca pelo tão querido bem comum acaba por dar causa a ínfimas ou estrondosas destruições. Posto isto, o que deve ser analisado não é uma maneira de entender ou aceitar a batalha, mas lutar contra e buscar entender que o principal propulsor de qualquer dos seus tipos é o interesse particular de cada um.

Partindo dessa ideia, com a civilização e a instituição do processo tem sido possível notar que ele também se encontra incerto em uma espécie de batalha ou – como é preferível se chamar pela conotação mais branda – jogo, por alguns fatores, dentre eles os interesses particulares das partes no processo e a lógica processual de que deve sempre haver vencedor e vencido.

1. Os interesses particulares e as partes no processo

O principal fator propulsor do jogo processual são os interesses particulares das partes que já entram no processo com a mentalidade direcionada ao litígio, a mostrar que razão lhe assiste, sendo esse um dos principais empecilhos à mediação, fato que não pode ser ligado tão somente às partes envolvidas no conflito, mas, deve ser imputado também aos operadores

³⁸Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo.

³⁹HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Passim.

do direito, aos legisladores e aos técnicos em direito, visto que não basta apenas conhecer as leis, uma vez que manuais de instrução ou códigos secos não funcionam no direito, porque em se tratando de seres humanos é muita pureza instrumental, esperar ou acreditar piamente que todas as partes reagirão de uma mesma maneira em determinada situação.

Assim, cabe a todos os operadores do direito a compreensão de que o processo vai muito além dos códigos, das leis e regras processuais em sua literalidade. Dessa forma, o primeiro passo seria compreender a sociedade em que se está incerto econômica e psicologicamente, o que para o legislador significa compreender a forma que a lei será aplicada à sociedade, se terá eficácia, se será bem aceita no meio social, para o jurista, essa compreensão significa tornar-se um hábil jogador, tendo em vista que de acordo com esses fatores intrínsecos as pessoas incertas em determinada sociedade tem-se o modo como cada qual irá reagir, de acordo com seus interesses e aspirações. Como bem leciona Piero Calamandrei:

Só o jurista “puro” pode dar-se ao luxo de tratar as leis como instrumentos de precisão, que em contato com os homens, considerados em série e todos eles equivalentes, sejam capazes de se acionar sempre do mesmo modo, assim como se dar ao luxo de pretender que ao simples toque a máquina inanimada dispare sempre do mesmo modo. Ao contrário, o legislador, antes que a técnica jurídica, deve conhecer a psicologia e a economia de seu povo: e em especial não pode intitular-se jurista puro o advogado que constantemente deve ser lembrado de que todo ser humano é uma pessoa, isto é, um mundo moral único e original, que frente às leis se comporta segundo suas afeições e seus interesses, de maneira imprevisível e muitas vezes desconcertante.⁴⁰

Assim, os juristas irão atuar de acordo com os interesses de seus clientes, adequando-os às normas processuais, jogando conforme sua necessidade, através de observação, movimentos estudados e calculando como a outra parte receberá sua jogada e, dessa mesma maneira agirá a outra parte, sempre ordenadamente, até que se consiga a máxima no processo que seria provar a razão na busca pela justiça, deste modo, passa-se a analisar o outro fator na construção do jogo processual e do litígio em sua essência, a falsa ideia de que deve haver vencedor e vencido.

II. Os protagonistas processuais: vencedor e vencido

Através dos movimentos no decorrer do jogo processual, o juiz irá proferir sua decisão, assistirá razão, não sempre àquele que realmente a detenha, mas àquele que tenha condições de prová-la, ou seja, quem tem maior poder econômico e que, conseqüentemente, contará com um jurista mais hábil para jogar, que saberá como agir e quando fazê-lo, conduzindo o processo tendo em vista os fatores psicológicos da outra parte; por outro lado, os que têm mais dificuldades no acesso à justiça sociologicamente, em sua essência, por vias de fato, serão em regra os mais prejudicados. Basta observar o quadro atual brasileiro, a quantidade de processos é estrondosa, mas ao analisarmos, ainda que superficialmente, é possível perceber que os maiores litigantes são os setores públicos federal, estadual e municipal, bancos, empresas de telefonia, representando um grande montante nos processos em andamento, sendo eles as partes tendentes a retardar o curso do processo, pois lhes é o mais vantajoso.

Depois de concluso o jogo, aguarda-se a sentença, podendo ela significar a personificação

⁴⁰Op. cit., p. 226.

da tão aguardada justiça, mas, além disso, uma resposta à demanda que perdurou por anos talvez, retardando a vida das partes, sendo que uma delas terá assistida sua razão e a outra, após todas as jogadas, terá perdido, “cheque-mate”, assim nasce, então, vencedor e vencido. Cabe ao juiz, decidir quem está com a razão, não por sua livre convicção, mas através das jogadas àquele que, se utilizando dos meios técnicos legais, tenha mais lhe convencido, assim, nem sempre quem detém a razão é quem a tem de fato, tornando o processo, um jogo no qual as partes buscam seus fins próprios, se afastando dos ideais do “processo como instrumento da justiça” e aproximando-se do jogo no qual é indigesto perder, o único resultado querido é a vitória. Como bem elucida Piero Calamandrei:

[...] se excluirmos o juiz, em quem deveria personificar-se concretamente esse superior interesse da justiça que é o próprio Estado, todos os demais sujeitos perseguem no processo finalidades mais limitadas e vergonhosamente egoístas, por certo em contraste [...] com aquele fim superior. Depende da soma algébrica desses esforços divergentes [...] se ao final o processo, como síntese, consegue alcançar um resultado que realmente corresponda à justiça; porém, quanto às duas partes divergentes (tese e antítese), *não raro ocorre que o que importa não é tanto a justiça quanto a vitória: de maneira que, para elas, o processo vem a ser nada mais que um jogo em que é preciso vencer.*⁴¹

Vale ressaltar que durante todo o processo, as partes se encontram limitadas, de certo modo, em sua maneira de agir, pois lhes é imposto pelo princípio da lealdade processual que devem se pautar, ao longo de todo o decurso processual, pela probidade e moralidade, pois nunca, no processo, os fins devem justificar os meios e, por presumida situação de conflito, o princípio garante que as partes, das quais se torna difícil esperar qualquer tipo de cordialidade em razão da situação, agirão contidamente e que o processo poderá, assim, seguir na realização de seus fins, garantindo a pacificação social e dirimindo o conflito a sua maneira. Neste sentido é o ensinamento de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

[...] a relação processual, quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação psicológica pouco propícia a manter um clima de concórdia; e o processo poderia prestar-se, mais do que os institutos de direito material, ao abuso do direito. As regras condensadas no denominado princípio da lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução de seus objetivos. O desrespeito ao dever de lealdade processual traduz-se em *ilícito processual* [...] ao qual correspondem sanções processuais.⁴²

Nesta seara se aborda a mediação, apesar de ainda pouco utilizada, aparece como meio alternativo e consensual para a solução de conflitos, devendo ser incentivada por advogados, juizes, defensoria pública e membros do Ministério Público, conforme disposição constante no § 3º do artigo 3º, do CPC, e através da Lei n. 13.140/2015, sendo uma ótima maneira para se desvencilhar do moroso jogo processual.

Passa-se aqui a estudar como a mediação se aplica ao processo, através da observância

⁴¹Op. cit., p. 228-229. (grifo nosso).

⁴²CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 96. (grifo do autor)

da “Teoria dos Jogos”, sendo esta uma espécie de algoritmo matemático que sopesa as variáveis quando deve haver uma decisão em uma condição de conflito que envolva mais de um indivíduo. A teoria começou a ganhar repercussão no século XX com os matemáticos John Von Neumann e Oskar Morgenstern e, basicamente, funciona da seguinte forma: trata-se de uma estratégia de jogo, uma das partes, antes de executar um movimento, pensa como a outra parte o receberá, qual será sua resposta, sendo possível “calcular” a reação do oponente e assim vice-versa, talvez esse seja o maior problema da teoria, o jogo cíclico, onde ação e reação calculadas prolongam no máximo o jogo – o processo, por exemplo – pois a obediência à estratégia é que pode levar a vitória.

No entanto, como no processo estão insertos seres humanos, deve ser levada em conta sua emoção para além da razão, assim sendo, a referida teoria pode não significar a “vitória” no processo, mas apenas um mecanismo lógico. Aqui, vale ressaltar a importância de outro grande nome para o desenvolvimento dos estudos relacionados à teoria, John Forbes Nash, que introduziu na supracitada o elemento cooperativo, uma vez que ela visava, até então, somente à competição, possuindo como finalidade os ganhos individuais no jogo, passando, com a contribuição de Nash, a ser vista por outra perspectiva, qual seja, a partir da cooperação entre as partes ocorre a maximização dos ganhos individuais de forma coletiva, ou seja, todos devem fazer o melhor, não só para si, mas, para o outro e assim todos vencem.⁴³

Pelo exposto, é possível concluir que o processo judicial contencioso não é um jogo cooperativo, mas, por outro lado, o equilíbrio de Nash, responsável por inserir a cooperação à teoria, é encontrado na mediação. Assim, cabe ao mediador compreender a Teoria dos Jogos para que avalie as emoções envolvidas na lide, visando a sua pacificação, buscando, acima de tudo, o restabelecimento do laço rompido entre as partes em razão do conflito, pois na mediação só os interessados na controvérsia podem se autocompor, não cabendo ao terceiro imparcial induzir os litigantes ao acordo, mas conduzir o debate facilitando a comunicação entre as partes, sendo o acordo o resultado de que o diálogo foi bem desenvolvido.

Celeridade x qualidade: superficialidade das decisões

Como estudado até o momento, sabe-se que a mediação está impregnada com a promessa de maior celeridade no trâmite processual, utilizando-se para isso da mudança de pensamento de todas as partes que integram um processo, posto que, para seu eficaz funcionamento é preciso que as partes atuem com a boa-fé processual, a fim de alcançar um consenso.

Diante de tal cenário, a questão levantada neste tópico se faz presente no cotidiano dos operadores do direito, até onde a busca pela celeridade deve prevalecer em detrimento de um processo com mais qualidade, um aprofundamento maior do magistrado diante dos fatos narrados.

É evidente que para a obtenção de maior qualidade é necessário mais tempo. A possibilidade de um processo qualitativo tem guarida nos princípios constitucionais de duração razoável do processo (inciso LXXVIII do artigo 5º, da CF/88) – que não se confunde com celeridade – bem como, garantia do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do artigo

⁴³ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília, DF: Editora Grupos de Pesquisa, 2003. Terceira parte: Artigos dos pesquisadores. v. 2. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

5º, da CF/88).

Apesar da existência de tais princípios, quando se fala em demandas judiciais o que mais se mostra problemático é a questão da morosidade. Para se fazer entender de modo mais simples é preciso que se apresente alguns dados que revelam o funcionamento do Judiciário, assim faz o CNJ com seu relatório Justiça em números⁴⁴.

Observe-se o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no ano de 2016, 25.943.503 de processos tramitaram para apenas 2.735 magistrados, o que nos mostra uma média de 9.486 processos por magistrado. Ao observar tais números é difícil imaginar que uma demanda será apreciada detalhadamente em seus mais profundos problemas. Obviamente, a tendência é o aumento da superficialidade das decisões e utilização de meios que acelerem o desenvolvimento do processo, como sentenças prontas para casos análogos por exemplo.

Levando em consideração os dados apresentados, percebe-se a dificuldade de se adentrar de modo detalhado em um processo, no mais, mesmo com análises mais superficiais o tempo de conclusão de uma demanda é grande, devendo a parte esperar por anos até ver seu problema solucionado.

Em virtude de tais fatos, a mediação se mostra como uma válvula de escape, não tão somente para o Poder Judiciário na figura dos magistrados, mas também às partes. Uma resolução de um conflito através da mediação pode alcançar mais profundamente os problemas do caso do que uma sentença proferida por um magistrado que não teve o devido tempo para analisar de forma minuciosa a demanda a ele proposta. Assim, muitas vezes as partes menosprezam a possibilidade de um consenso acreditando que dando andamento ao processo terão resguardados mais direitos, todavia, diante dos números, observa-se que a realidade é outra.

Portanto, a mediação deve ser estimulada, como aduz o CPC, pois tal instituto pode alcançar as duas vertentes aqui elencadas, o consenso que pode conter um grau de aprofundamento superior ao de uma sentença, portanto, maior qualidade, e, por outro lado, se desenrola de forma extremamente mais rápida alcançando a tão buscada celeridade. No mais, com a ampliação do uso da mediação, a quantidade exorbitante de processos que tramitam no Judiciário, em longo prazo, irá diminuir e permitirá a elaboração de julgamentos menos superficiais.

Considerações finais

Consiste a mediação na atuação imparcial do mediador em estimular e auxiliar as partes em identificarem e desenvolverem, por si próprias, a solução do litígio, regendo-se pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, informalidade, autonomia da vontade, busca do consenso, dentre outros. Portanto, a pretensão do CPC está voltada à condução do processo de modo a proporcionar a resolução consensual da lide, almejando-se a celeridade e a efetividade processual, bem como o incentivo ao abandono da cultura de litigiosidade.

Constata-se, assim, que nem sempre a prestação jurisdicional se mostra como melhor opção para a resolução dos conflitos, isto porque, nem sempre há efetivo cumprimento das

⁴⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017*. Ano base 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

decisões judiciais.

Não se quer aqui defender a ideia de que a solução do conflito através da mediação seria o método mais efetivo, o que se quer demonstrar é que a mediação pode ser utilizada como instrumento para pacificação social, cujo objetivo é fomentar o diálogo entre as partes, já que através do diálogo as partes retomam o poder de decisão, fato que pode fazer com que as decisões se tornem duradouras, pois, as partes foram protagonistas de suas vidas, e o acordo por elas firmado levou em consideração as necessidades de cada uma.

A mediação deve ser entendida como meio auxiliar ao processo judicial, jamais em competição com o Poder Judiciário, já que o indivíduo possui como garantia fundamental a inafastabilidade da Jurisdição, também denominada de cláusula de acesso à justiça, ou direito de ação, pela qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação pelo Poder Judiciário.

Assim, conclui-se que a mediação, em sua importância junto ao Poder Judiciário, apresenta-se como um processo colaborativo, com a finalidade de resolver os conflitos antes que as partes enfrentem um longo caminho até o julgamento, bem como a prevenção de novas controvérsias entre as partes envolvidas no litígio. Com a utilização dessa técnica, poderá ocorrer uma melhora na prestação jurisdicional por parte do Judiciário, podendo, finalmente, oferecer à sociedade o tão sonhado acesso à justiça com a qualidade necessária.

Por fim, chega-se, à conclusão, no sentido de que, para que a mediação seja realmente efetiva, será necessária a busca e aprimoramento da conscientização dos juristas de que o processo não mais deve ser enxergado como jogo.

Há um longo caminho a ser percorrido para aprimorar as técnicas capazes de revelar esse novo paradigma e definitivamente abrir as portas para que os métodos alternativos, apesar de ainda pouco utilizados, apareçam como meios efetivos para a solução de conflitos. Apesar das dificuldades, auxiliar para encontrar-se e buscar esse novo panorama é o desafio a que se propôs a pesquisa.

Referências

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília, DF: Editora Grupos de Pesquisa, 2003. Terceira parte: Artigos dos pesquisadores. v. 2. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2003. v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de mediação judicial*. 6. ed. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. p. 249. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. *Justiça em números 2017*. Ano base 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Subseção de Minas Gerais. *Cartilha de mediação*. Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG, 2009. Disponível em: <<http://www.precisao.eng.br/jornal/Mediacao.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

Obras consultadas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. *Lei n. 13.140, de 26 de março de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Estação Científica*. v. 1, n. 4. p. 82-97, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4304/artigo-5-revisado.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

A Justiça do Trabalho e os métodos alternativos para solução dos conflitos: uma análise da possibilidade de aplicação da mediação¹

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

ANA LÍDIA CUNHA ARAÚJO

WILSON DE ARAÚJO DE OLIVEIRA JUNIOR

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: A mediação corresponde a uma espécie do gênero “meios alternativos de resolução dos conflitos”, sendo uma via de composição do litígio em que as partes são protagonistas e estabelecem entre si uma solução satisfatória a seus interesses, a qual é construída através do diálogo facilitado por um terceiro neutro, denominado mediador. O presente trabalho tem como objetivo a análise sobre a possibilidade de utilização da mediação nas relações laborais. Para tanto, apresenta-se uma breve distinção entre os institutos da conciliação e da mediação, já que frequentemente confundidos, além de observações em relação às peculiaridades e princípios norteadores da Justiça do Trabalho, para o fim de se verificar a compatibilidade com o uso da mediação, especialmente sob a perspectiva do acesso à justiça.

Palavras-chave: Mediação e relações de trabalho. Conciliação. Direitos fundamentais.

Abstract: The mediation corresponds to a species of the genus “alternative means of conflict resolution”, being a route of composition of the dispute in which the parties are protagonists and establish among themselves a satisfactory solution to their interests, which is built through dialogue facilitated by a neutral third party, called mediator. The present work it aims to analyze the possibility of using mediation in labor relations. Therefore, it presents a brief distinction between the institutes of conciliation and mediation, since they are often confused, besides observations regarding the peculiarities and guiding principles of Labor Justice, in order to verify compatibility with the use of mediation, especially from the perspective of access to justice.

Keywords: Mediation and labor relations. Conciliation. Fundamental rights.

Introdução

Os conflitos são inerentes a cada ser humano e decorrem, especialmente, das diferentes perspectivas que cada um tem a respeito de fatos e circunstâncias da vida. E, por ser algo inerente ao ser humano, também está presente nas relações de trabalho, sendo possível que nasça em razão do modo de realização do trabalho, do relacionamento com os colegas em decorrência da convivência diária, quanto ao respeito às normas da empresa, etc., ou seja, surge da relação de trabalho.

O direito processual do trabalho sempre teve uma maior preocupação com a forma de solução pacífica dos conflitos, tanto é assim que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) já primava pela solução amigável do processo, o que fica claro pelo teor do artigo 652² em sua redação original, que ao tratar das Juntas de Conciliação e Julgamento, já apresentava a expressão “conciliar e julgar”.

¹O presente artigo é resultado do estudo desenvolvido no projeto de pesquisa intitulado “Os métodos consensuais de solução dos conflitos instituídos pelo novo Código de Processo Civil e sua repercussão no direito processual civil e no direito processual do trabalho”, no ano de 2017, sob orientação do Professor Mestre Kleber Henrique Saconato Afonso, com auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, PESQDIR2017506.

²Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: a) conciliar e julgar: [...].

Em mesmo sentido, extrai-se dos artigos 846³ e 850⁴ da CLT, que instituem a tentativa de conciliação obrigatória em dois momentos processuais, após a abertura da audiência de instrução e julgamento, e depois de aduzidas as razões finais pelas partes. Tal situação também está presente nas reclamações trabalhistas de rito sumaríssimo, nas quais o juiz do trabalho deve orientar as partes quanto às vantagens da conciliação, utilizando-se dos meios adequados de persuasão, conforme artigo 852-E⁵ do mesmo diploma legal.

Do mesmo modo, no âmbito constitucional também se atribuía como competência da justiça do trabalho “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores [...]”, expressão contida no artigo 123 da Constituição de 1946.

Essa competência foi mantida pelas Constituições posteriores, inclusive pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) que inicialmente atribuía, expressamente, à justiça do trabalho a função de “conciliar e julgar”. O termo “conciliar” foi suprimido no ano de 2004, pela EC nº 45, alterando-se a redação do artigo 114 da CF/1988, cujo texto passou a atribuir competência para “processar e julgar”. Apesar da supressão do vocábulo “conciliar” a busca pela resolução autocompositiva não foi afastada da justiça do trabalho, na medida em que os dispositivos celetistas ainda estão em vigor.

Inclusive, em recente alteração promovida da CLT, acrescentou-se a possibilidade de homologação pelo juiz do trabalho de acordo extrajudicial, através do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, disciplinado no Capítulo III-A, incluído pela Lei n. 13.467/2017.

Por sua vez, considerada como espécie de solução de conflitos, tem-se a mediação, que é um método realizado com auxílio de um terceiro, o qual atua com a finalidade de promover o diálogo entre as partes demandantes, de forma a possibilitar que elas possam alcançar, por si, a melhor forma de solução do conflito existente. O que se percebe é que o mérito da mediação pode ser entendido como a capacidade de as partes chegarem, elas próprias, a uma solução para o seu conflito, de modo que não haveria vencedor e vencido, mas sim uma justa solução proposta e aceita pelos principais sujeitos envolvidos.

Não obstante a mediação venha sendo considerada como uma medida apta a promover uma solução justa e efetiva do conflito, há que se ter cuidado ao se utilizar instrumentos autocompositivos para a resolução dos conflitos, principalmente na Justiça do Trabalho onde se tem partes em situações de desigualdade, desigualdade que se inicia na execução do contrato de trabalho e que permanece no decorrer do processo trabalhista.

O presente estudo, através do método dedutivo, promove uma análise sobre a possibilidade de a mediação ser utilizada para solução dos processos trabalhistas, apontando suas implicações diante de conflitos que versam, em sua essência, sobre direitos fundamentais. Para tanto, apresenta-se uma distinção conceitual entre os institutos da mediação e da conciliação, além da análise sobre a indisponibilidade dos direitos trabalhistas e confronto do direito ao acesso à justiça frente a potencialização dos meios alternativos de solução dos conflitos.

Além disso, o estudo busca demonstrar que a mediação não pode ser pautada no discurso

³Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

⁴Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

⁵Art. 852-E. Aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.

de que a justiça do trabalho não consegue dar respostas rápidas e eficazes, ou seja, sob pena de ser utilizada apenas como medida para “desafogar” o judiciário, desrespeitando, assim, o procedimento adequado e sua essência, o que acaba por caracterizar uma transferência da ineficiência estatal para o jurisdicionado.

Para tanto, inicia-se o estudo com a distinção conceitual entre os institutos da conciliação e mediação, além de promover uma análise sobre o tratamento atribuído à mediação pelo nosso ordenamento jurídico, seja no âmbito processual civil como no processual trabalhista, para, em seguida, demonstrar as peculiaridades da audiência de mediação, pelas quais restaria prejudicada sua aplicação na Justiça do Trabalho.

Distinção conceitual entre mediação e conciliação

É de extrema importância tratar especificamente sobre cada instituto, para melhor compreensão, de modo a interferir diretamente na possibilidade, ou não, de utilização da mediação na Justiça do Trabalho como método alternativo para a solução dos conflitos decorrentes da relação de trabalho.

A conciliação refere-se a um procedimento em que um terceiro, denominado conciliador, no caso das Varas do Trabalho é o juiz quem exerce esse papel, procura conduzir as partes à realização de um acordo, sendo este o principal objetivo deste procedimento.

Quanto ao tema, esclarece Tania Almeida:

Coerente com a proposta de obter acordos entre as partes, a conciliação privilegia a pauta objetiva – a matéria, a substância – que o conflito entre elas produziu. As questões que tenham tutela jurídica e as propostas materiais são foco de especial atenção na conciliação, contexto que estimula as partes a terem, também, nestes temas o objetivo de sua atenção, ao aderirem ao instrumento.⁶

A conciliação é mais indicada para solução de conflitos onde não há relações continuadas, ou seja, para aquelas situações em que o relacionamento entre as partes acontece de forma eventual, como é o caso das relações de trabalho, nas quais a grande maioria dos contratos de trabalho rescindidos não são renovados.

O conciliador tem como papel principal conduzir a discussão e, a partir do apresentado, se o caso, passa a sugerir solução compatível com os interesses das partes, ou uma vez apresentada solução pelas próprias partes, o juiz do trabalho deve conduzir a discussão para que a solução realmente reflita os interesses das partes, tentando a todo instante incentivar as partes a fazerem um acordo.

A conciliação pode ser resumida como um procedimento em que o foco é o acordo, nos problemas objetivos do conflito, tendo o conciliador uma participação mais ativa na decisão, porque pode, inclusive, sugerir opções de acordo. O principal objetivo é o de promover um acordo satisfatório e consciente, ou seja, um acordo que seja exigível, minimizando o risco de continuidade ou acirramento do conflito existente entre as partes.

Segundo o inciso I do artigo 1º, da Resolução CSJT n. 174:

I – “Conciliação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma

⁶ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas inversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). *Mediação de conflitos*. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2009. p. 98.

terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio; [...].

Nota-se, assim, que a conciliação é mais adequada aos conflitos em que não existam vínculos afetivos e/ou familiares e cujos objetivos são patrimoniais, como ocorre na grande maioria dos processos analisados pela Justiça do Trabalho, sendo, portanto, perfeitamente aplicável.

Já a mediação é um método de solução de conflitos onde um terceiro imparcial, e com capacitação adequada, facilita a comunicação entre as partes, sem propor ou sugerir solução, possibilitando a construção de um diálogo participativo, pacífico e efetivo pelas partes, para que estas, por si próprias, encontrem uma solução satisfatória para o conflito. É recomendada nos casos em que há um relacionamento prévio entre as partes, ou que perdurará no tempo, pois o objetivo não é o acordo em si, mas sim o restabelecimento da comunicação e melhora da relação entre as partes litigantes.

A mediação visa, por suas características, além da solução do conflito, a manutenção e restabelecimento dos vínculos existentes entre as partes, e é exatamente por isso que as partes devem ser livres para optar por uma sessão de mediação. Do mesmo modo, caso optem, o mediador deve ser escolhido ou aceito pelas partes, não sendo admitida sua imposição.

Nas palavras de Petronio Calmon:

Considerando [...] os aspectos próprios da mediação, que diferenciam esse mecanismo dos demais, ressalta-se sua grande vantagem em proporcionar a solução do relacionamento e não somente do problema emergente. Em outras palavras, na mediação abre-se a possibilidade de resolução da lide sociológica e não somente daquela que seria a lide jurídica. Não resolve somente a pretensão resistida, fixada em posições objetivas, mas pode proporcionar uma compatibilização dos interesses, em um resultado ganha-ganha, salutar para os envolvidos e para a sociedade.⁷

No desenvolvimento da mediação, o conflito passa por um procedimento que vai além de sua resolução e que promove a pacificação dos envolvidos. Muitas vezes aquilo que é levado ao Poder Judiciário não reflete os verdadeiros motivos da insatisfação de quem ingressa com uma ação, não raras as vezes, o que mais importa ao final de um processo é a definição de um vencedor, sem ao menos se preocupar se a pretensão material foi efetivamente atendida.

Luis Alberto Warat⁸ descreve a mediação como um procedimento que vai até o fundo de nossos mal-estares, capaz de encontrar a raiz geradora de permanente estado de conflito consigo próprio e com outras pessoas de nosso convívio.

O citado autor complementa dizendo que a mediação trabalha fundamentalmente os sentimentos não ditos, já que são eles que revelam os detalhes do conflito. Esses detalhes devem ser percebidos pelo mediador e explorados para facilitar que os mediados saiam de suas posições e passem a valorar os seus reais interesses. O caminho que deve ser percorrido até se chegar a compreensão e pacificação do conflito somente será efetivo se facilitado por um mediador competente, ético e vocacionado⁹.

⁷CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 118.

⁸WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis, SC: Habitus, 2001. p. 32.

⁹Ibid., p. 89.

O conflito ganha outras formas quando utilizada a mediação, cujo objetivo é modificar o entendimento das partes a respeito de suas controvérsias, isto é, tenta fazer com que cada parte enxergue o conflito como algo positivo, devendo ser encarado como uma etapa necessária ao crescimento, motivo pelo qual busca-se que o mesmo seja solucionado pelas próprias partes. Afasta-se, assim, a ideia que as partes envolvidas no conflito estejam em posição oposta, que desejam a resolução com ganho individual.

Nos termos da Lei n. 13.140/2015, consoante redação do parágrafo único do artigo 1º: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

No âmbito da Justiça Trabalho, a Resolução n. 174, conforme inciso II do artigo 1º, apresenta a seguinte definição de mediação:

II – “Mediação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio; [...].

Como veremos a seguir, a norma incumbida de fixar os parâmetros para utilização da mediação na Justiça do Trabalho apresenta certa confusão sobre os institutos, sendo esse um dos motivos pelo qual sustenta-se que a mediação não deve ser aplicada para a solução das lides trabalhistas. Isso somado ao fato de a Justiça do Trabalho, nos termos da CLT e da CF, já manter efetiva aplicação de meios conciliatórios, através da conciliação sob responsabilidade do juiz, inclusive, tal preocupação foi mantida pelas novas disposições da legislação trabalhista, que prevê procedimento específico para homologação de acordo extrajudicial pelo juiz do trabalho.

Análise da mediação na Lei n. 13.140/2015, no Código de Processo Civil e na Resolução n. 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho

A Lei n. 13.140/2015, também conhecida como Lei da Mediação, estabelece em seu artigo 4º que o mediador será designado pelo Tribunal ou escolhido pelas partes, podendo funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja capacitada para realizar a mediação (artigo 9º).

Já na qualidade de mediador judicial, a Lei prevê que o mediador deve ser uma pessoa capaz, com título de graduação, adquirido em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo MEC, há pelo menos dois anos, além de ter obtido capacitação em escola ou instituição de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), ou pelos tribunais (artigo 11).

Além de estabelecer os requisitos para que se possa atuar como mediador, referida Lei ainda traz um rol de princípios norteadores da mediação, quais sejam: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé.

Apesar de instituir o procedimento de mediação, consoante o disposto no parágrafo

único do artigo 42¹⁰, a Lei n. 13.140/2015 expressamente veda a sua aplicação aos conflitos trabalhistas, pois na esfera trabalhista deveria haver lei própria regulamentando a mediação devido às suas especificidades.

Nota-se, portanto, que a própria Lei de Mediação, entendendo as especificidades da Justiça do Trabalho, deixa para esta a função de estabelecer os parâmetros para aplicação da mediação visando solução das lides trabalhistas. Isso porque a própria Lei apresenta as razões que a impedem de ser aplicada na Justiça do Trabalho, já que a mediação comum, como regulada na Lei de Mediação, pressupõe a isonomia das partes, contrariando a regra do processo do trabalho, que é justamente o oposto, relação assimétrica entre empregado e empregador.

A exclusão das demandas trabalhistas do âmbito de aplicação da Lei de Mediação resulta da atuação da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA) junto ao Congresso Nacional. Devido ao pedido da ANAMATRA foi sugerida pelo Deputado Federal Alessandro Molon uma emenda aditiva ao Projeto de Lei n. 7.169/2014¹¹, posteriormente transformado na Lei n. 13.140/2015, para excluir a possibilidade de mediação privada ou obrigatória em questões de direito individual do trabalho sob a justificativa do caráter indisponível dos chamados direitos sociais, os direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da CF/1988.

E, atendendo à tendência mundial consistente na evolução da cultura de resolução dos conflitos através do diálogo entre as partes, o CPC de 2015 (Capítulo III, Seção V – Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais) também trouxe algumas especificações sobre a mediação, além de prever, conforme artigo 166, princípios informadores da mediação (independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada), alguns, inclusive, já previstos na Lei n. 13.140/2015, nos termos do artigo 2º¹².

O inciso VII do artigo 319, do CPC¹³, traz a audiência de mediação como uma opção do autor da ação, cabendo a este informar em seu pedido inicial o interesse na realização de tal audiência. Do mesmo modo, o inciso I do parágrafo 4º, artigo 334 do mesmo diploma legal¹⁴, prevê a impossibilidade de realização da audiência de mediação quando as partes manifestarem expressamente desinteresse pela composição consensual.

Nota-se, portanto, que o CPC deixa bem claro que a audiência de mediação é uma opção das partes, não podendo ser objeto de imposição pelo Poder Judiciário.

E mais, o CPC apresenta, ainda, uma seção específica para tratar dos conciliadores e mediadores, estabelecendo nos parágrafos 2º e 3º, artigo 165, a distinção entre a figura do conciliador e do mediador:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo

¹⁰Parágrafo único: A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

¹¹BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 7169/2014*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹²Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

¹³VII - a opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação.

¹⁴§ 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; [...].

de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Dessa forma, tem-se que sua aplicação no âmbito trabalhista foi regulamentada no ano de 2016 com a Resolução n. 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), a qual define a mediação como:

[...] meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio; [...].

Percebe-se que, segundo a Resolução n. 174 do CSJT, na Justiça do Trabalho apenas atuarão como mediadores magistrados e servidores públicos. Compreendendo a boa intenção da norma, fato é que juízes e servidores necessitam de um preparo específico para exercerem o papel de mediador apenas em razão do ofício exercido. Exige-se muito mais.

Além disso, referida Resolução também veda a ocorrência de mediação extrajudicial, na medida em que restringe às lides já instauradas e, diferentemente do que ocorre no CPC, não traz nenhuma informação sobre a obrigatoriedade (ou não) da mediação. E aqui se tem um problema.

Por força do artigo 15 do CPC¹⁵, suas disposições são aplicáveis ao processo do trabalho, supletiva e subsidiariamente. Em mesmo sentido, o artigo 769 da CLT¹⁶ dispõe que as normas do procedimento comum se aplicam ao processo do trabalho quando houver omissão da legislação trabalhista e compatibilidade das normas processuais comum com o processo trabalhista.

Em meio à controvérsia sobre a aplicação do CPC no processo do trabalho, a Instrução Normativa n. 39, editada em 2016 pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), estabeleceu que:

Art. 1º Aplica-se o Código de Processo Civil, subsidiária e supletivamente, ao Processo do Trabalho, em caso de omissão e desde que haja compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho, na forma dos arts. 769 e 889 da CLT e do art. 15 da Lei nº 13.105, de 17.03.2015.

A fim de acabar com a discussão sobre a questão de quais normas do CPC seriam compatíveis com o processo do trabalho, a IN n. 39 do TST, sem seu artigo 2º, apresenta um rol exemplificativo de artigos do CPC que não são aplicáveis em razão da inexistência de omissão na legislação trabalhista ou por incompatibilidade com os princípios do processo trabalhista.

¹⁵Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

¹⁶Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título.

E, consoante disposição no inciso IV do artigo 2º¹⁷, da referida IN, exclui-se a aplicação do artigo 334 do CPC no processo do trabalho sob o fundamento de ausência de omissão e incompatibilidade, embora a CLT não possua nenhuma norma referente à audiência de mediação, apenas regulamentando a audiência de conciliação.

Cabe ressaltar ainda que a IN n. 39 do TST não afasta a aplicação do artigo 319 do CPC que traz como requisito da petição inicial o pedido de audiência de mediação. Não obstante, considerando que um dos princípios norteadores da mediação é a voluntariedade, entende-se que, mesmo sem previsão expressa, se aplicada a mediação no processo do trabalho, apenas deve acontecer caso seja uma opção das partes.

Além disto, a Resolução n. 174 do CSJT também não se preocupou em estabelecer critérios para a adoção deste tipo de audiência, apenas limitando-a às lides judiciais, e apresentando conceituação da mediação semelhante à conciliação, apontando uma única diferença em relação à criação ou propostas de soluções ao conflito.

Com isto, em uma análise prática, pela forma como a mediação vem sendo aplicada na Justiça do Trabalho, através de notificação com penalidade, inclusive com a possibilidade de caracterização de ato atentatório à dignidade justiça em razão de ausência injustificada, resta evidenciada a incompatibilidade da mediação no processo do trabalho.

Como já demonstrado, a inserção da audiência de mediação foi instituída na Justiça do Trabalho, sem ao menos se ter a preocupação em delimitar suas especificidades, como, por exemplo, trazer informações sobre as hipóteses em que será permitida a utilização da mediação, assim como fez a Lei n. 13.140/2015 e o CPC.

Do mesmo modo, não se encontra disposição na Resolução n. 174 do CSJT sobre os princípios norteadores da mediação no processo trabalhista, o que resulta até no equívoco de se agendar audiência de mediação com determinação de comparecimento obrigatório, contrariando todo o sistema.

Importante mencionar que, apesar de a IN n. 39 do TST ter afastado a aplicação do artigo 334 do CPC no processo trabalhista, assim não o fez com o artigo 165 e, sendo ele aplicável, torna-se incontroversa a impossibilidade de aplicação da audiência de mediação nas demandas trabalhistas em que não haja vínculo anterior entre as partes, ou que não trate de relação que perdurará no tempo.

Igualmente, não afasta a aplicação do artigo 166 do CPC¹⁸, que trata sobre os princípios informadores da mediação, sendo, portanto, aplicável ao processo do trabalho, e em razão do princípio da autonomia da vontade caberia às partes, e tão somente elas, escolherem o mediador, já que este tem que ser uma pessoa de confiança.

Assim, considerando a omissão da legislação trabalhista quanto à definição do conciliador e do mediador, bem como do procedimento para utilização da audiência de mediação, a corrente¹⁹ que defende a sua aplicação no processo do trabalho deveria observar as disposições do CPC, já que as lides trabalhistas foram excluídas, expressamente, da abrangência da Lei de Mediação.

¹⁷Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: [...] IV - art. 334 (audiência de conciliação ou de mediação); [...].

¹⁸Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

¹⁹SOUZA, Aline Aparecida de; COSTA, Nilton César Antunes da. O uso da mediação para a solução dos conflitos individuais do trabalho: principais vantagens em comparação à conciliação. *Revista dos Tribunais*, v. 106, n. 985, p. 23-41, nov. 2017.

Porém, ao se analisar o conjunto das normas do CPC relativas à mediação, pode-se chegar à conclusão pela impossibilidade de sua aplicação para a solução das demandas trabalhistas.

Direitos fundamentais mínimos e a indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Conforme já mencionado no presente estudo, trata-se o instituto da mediação, reconhecido pelo ordenamento jurídico vigente, de método alternativo de resolução de conflitos, no qual um terceiro, imparcial, auxilia as partes ora em conflito a fim de que, partindo de concessões mútuas, seja alcançada uma solução que ponha fim ao litígio.

Tal instituto visa restabelecer relações perdidas e prejudicadas por diversos fatores, com a finalidade de que elas se mantenham, apesar das divergências havidas entre as partes. Portanto, encontra campo fértil nas áreas em que o convívio entre as partes é duradouro, e com o fim afetivo, como por exemplo, no âmbito do direito de família. Por vezes o litígio tem origem em questões relacionais que dizem respeito aos sentimentos de uma parte para com a outra, os quais foram, de certa forma, violados.

Neste sentido, a mediação nada mais é que o ato de aproximá-las a fim de que o relacionamento seja restaurado.

Marcelo Paes Menezes, juiz da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni/MG, entende que:

Havendo envolvimento de “ódio, amor e dor”, como assevera Warat, a mediação joga papel importante. [...] A mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam. A mediação facilita às partes a possibilidade de interpretar seus ódios e amores. O que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo (elas são transações que podem estar disfarçadas de mediações). Nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou de dor.²⁰

No que tange ao ramo justabalhista, é fato que, após a rescisão contratual, dificilmente empregado e empregador voltarão a se relacionar, motivo pelo qual entende-se que a mediação, na forma como está prescrita em lei, não alcança tanto êxito. O que de fato ocorre, e que é o escopo da maioria das lides trabalhistas, é o não pagamento das verbas rescisórias e das verbas que eram devidas no curso do contrato, como horas extras, intervalos, adicionais, dentre outros.

O Direito do Trabalho é forte ramo que assegura questões constitucionais, especialmente em relação aos direitos mínimos garantidos aos trabalhadores, elencados no artigo 7º da CF/1988. E, sendo o trabalho aquele que garante o sustento do trabalhador e de sua família, reconhecido como direito social (artigo 6º da CF/1988), e a própria dignidade humana, os créditos advindos da relação de emprego constituem crédito alimentar, inerente à subsistência do trabalhador e daqueles que dele dependam.

Dentre os princípios que regem o Direito do Trabalho destaca-se o princípio da indisponibilidade, aplicável em razão do fato de que os direitos trabalhistas são direitos sociais, reconhecidos pela Carta Magna como direitos fundamentais. Trata-se do rol de direitos

²⁰MENEZES, Marcelo Paes. Sobre mediação, direito do trabalho e conflitos de “ódio, amor e dor”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, p. 205-212, jul./dez. 2000, p. 209.

mínimos do trabalhador elencados em seu artigo 7º. Deste modo, quer por ato individual do trabalhador (renúncia) ou através de ato bilateral negociado entre empregado e empregador (transação), tais direitos não podem ser renunciados ou transacionados no âmbito da relação entre empregado e empregador, posto que o empregado é considerado parte hipossuficiente em tal relação.

O empregado, devido à condição de hipossuficiência, merece diferenciado amparo legal a fim de que seus direitos não sejam negligenciados ou minimizados sob o pretexto da renúncia ou negociação direta com aquele que tem como obrigação o remunerar – como, por exemplo, respeitando o direito ao salário mínimo (inciso IV), a irredutibilidade do salário (inciso VI) e o décimo terceiro salário (inciso VIII) – e proporcionar condições dignas de trabalho – através do respeito ao limite de jornada (inciso XIII), ao repouso semanal remunerado (inciso XV) e ao gozo de férias anuais (inciso XVII), dentre outros.

A respeito da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, Maurício Godinho Delgado dispõe o seguinte:

[...] traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato. A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial.²¹

O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas decorre do princípio da imperatividade das normas trabalhistas, o qual, segundo o doutrinador citado:

[...] prevalece no segmento juslaborativo o domínio de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas. As regras justrabalhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes.²²

É restringida, portanto, a autonomia da vontade.

Referida indisponibilidade é classificada em absoluta e relativa. Leciona o autor supra que:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. [...] Também será absoluta a indisponibilidade, sob a perspectiva do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. [...] Relativa será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão

²¹DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 235.

²²Ibid., p. 234-235.

civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. [...] As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente), desde que a transação não resulte em efetivo prejuízo ao empregado (art. 468, CLT).²³

É essa indisponibilidade que merece destaque quando o tema é mediação, ou atos de disposição de direitos, haja vista que a indisponibilidade relativa diz respeito a direitos que não fazem parte do arsenal de direitos mínimos constitucionalmente garantidos ao trabalhador.

Ademais, ressalta-se que a irrenunciabilidade diz respeito a atos unilaterais (renúncia), sendo a indisponibilidade mais ampla, uma vez que abrange os atos bilaterais (transação). Entende-se que, tanto a renúncia quanto a transação são vedadas quando importam em afronta a direito mínimo.

A partir do descumprimento dos deveres do empregador, qual seja, o respeito às normas trabalhistas, especialmente aos direitos mínimos assegurados, de caráter imperativo, surge a pretensão do empregado em ter seus direitos efetivados, ou ao menos, ser indenizado por não ter deles desfrutado, através da via judicial. O objetivo do processo consiste em realizar o direito material, desempenhando papel de coerção e influência sobre a sociedade, a fim de que novos litígios sejam prevenidos.

Vã seria a tutela jurisdicional com a ampla permissão e incentivo à negociação em juízo de direitos mínimos, que na verdade deveriam ter sido cumpridos e respeitados. Não cabe mediar aquilo que é mínimo, essencial para uma vida digna. Exigir o cumprimento da lei antes do litígio, e quando em litígio minimizar seus efeitos, gera desconforto e é um tanto quanto contraditório. O processo acaba não cumprindo seu objetivo de realizar o direito material – os direitos mínimos garantidos – e passa a ser um pretexto para o descumprimento de tais obrigações a fim de que, em juízo, sejam negociadas.

A Justiça do Trabalho como instrumento de efetivação dos direitos sociais

Constantemente, propaga-se a ideia de que a Justiça do Trabalho é repleta de “demandas aventureiras”, sob o argumento de que o trabalhador consegue ganhar “tudo”, basta ingressar com uma reclamação trabalhista, apontar “supostos” direitos violados. Ideia esta que deve ser totalmente repudiada.

No relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2017²⁴, relativos aos dados do ano de 2016, consta que a Justiça Estadual recebeu 19,8 milhões de processos novos, enquanto isso, a Justiça do Trabalho recebeu apenas 4,3 milhões, o que desmente o argumento de que há uma busca maior pelo Poder Judiciário Trabalhista, face o mero desejo do trabalhador em obter vantagens de seus empregadores, como se fosse muito simples para um cidadão que depende do trabalho para sobreviver deslocar-se até a Justiça do Trabalho para tentar demonstrar seus direitos lesionados.

Ingressar com uma reclamação trabalhista não é uma tarefa tão simples, já que para isso o trabalhador expõe-se diante de seus colegas, pois necessita muitas vezes da prova testemunhal. Implica também deixar de prestar serviços em um ou mais dias, ou se desempregado, dias que estaria procurando por um novo emprego. Implica, ainda, uma concreta possibilidade

²³DELGADO, op. cit., p. 251. (grifo do autor).

²⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

de prejuízos futuros, por uma possível comunicação entre o empregador demandado com os futuros possíveis empregadores do trabalhador demandante, prática tão comum, mais conhecida como “lista suja”.

O processo trabalhista deve ser reconhecido como ato de coragem do trabalhador, diante de uma realidade na qual não se reconhece a eficácia do inciso I do art. 7º da CF, que veda a despedida imotivada, e é exatamente o fato de a maioria dos trabalhadores serem demitidos sem motivação que gera uma maioria absoluta de reclamantes desempregados, e se, mesmo assim, o trabalhador busca seu direito perante a Justiça, é porque grande parte tem o contrato rescindido sem ao menos receber seu salário.

De acordo com os dados do ranking dos assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho²⁵, elaborado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) ao analisar os casos novos no período de janeiro a fevereiro de 2018, tem-se a seguinte situação: 1º lugar - aviso prévio (77.597 processos); 2º lugar - multa do artigo 477 da CLT (68.050 processos), 3º lugar - multa de 40% do FGTS (65.348 processos), 4º lugar - multa do artigo 467 da CLT (55.786 processos), 5º lugar - férias proporcionais (50.669 processos), 6º lugar - 13º salário (47.886 processos), 7º lugar - horas extras (36.522 processos), 8º lugar - horas extras/adicional de horas extras (35.144 processos), 9º lugar - intervalo intrajornada/adicional de hora extra (32.291 processos), 10º lugar - horas extras/reflexos (33.204 processos), 11º lugar - adicional de insalubridade (32.060 processos), 12º lugar - verbas rescisórias/saldo de salário (34.698 processos), 13º lugar - depósito/diferença de recolhimento FGTS (31.336 processos), 14º lugar - indenização por dano moral (22.069 processos), 15º lugar - CTPS/anotação/baixa/retificação (27.823 processos), 16º lugar - verbas rescisórias (27.427 processos), 17º lugar - indenização/dobra/terço constitucional (26.084 processos), 18º lugar - FGTS (23.819 processos), 19º lugar - intervalo intrajornada (21.543 processos) e em 20º lugar - honorários advocatícios contratuais (20.881 processos).

Ainda, segundo o Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016²⁶, os temas mais recorrentes no ano de 2016 foram aviso prévio (com 1.046.041 processos), multa do artigo 477 da CLT (com 972.641 processos), multa do artigo 467 da CLT (com 846.297 processos) e multa de 40% do FGTS (com 838.953 processos).

Os dados acima apresentados contrariam a ideia difundida sobre a chamada “indústria do dano moral”, já que os assuntos mais recorrentes na Justiça de Trabalho versam sobre direitos mínimos dos trabalhadores, geralmente comprovados por meio de documentos, o que demonstra que o trabalhador não quer obter vantagens de seu empregador, pelo contrário, apenas quer receber os direitos contratuais e rescisórios, vez que violados.

Os números oficiais desmentem o discurso repetitivo de que o direito material e processual do trabalho, assim como a Justiça que o aplica, é complacente com os trabalhadores.

Ao invés de se adotar condutas mais rígidas em face dos empregadores, visando o óbvio, o cumprimento das disposições legais, tenta-se de todas as formas colocar o trabalhador em situação de maior desigualdade, especialmente pela desmedida utilização de meios alternativos para a solução dos conflitos trabalhistas.

²⁵TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Ranking dos assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho*: ano de 2018 (casos novos). Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

²⁶TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Há algum tempo denuncia-se o fato de que não cumprir os direitos trabalhistas ainda é um bom negócio no Brasil. Isso porque, boa parte das demandas trabalhistas são solucionadas através de acordo entre as partes e, infelizmente, como se sabe, as conciliações não consideram a integralidade dos direitos pleiteados pelo trabalhador. Na maioria dos casos, sequer é considerado o valor total dos direitos já comprovados no processo até o momento em que o acordo é formalizado, situação que acaba não garantindo o mínimo de dignidade ao trabalhador, além de não servir como desestímulo a um novo descumprimento dos direitos trabalhistas por parte do empregador demandado.

Ao se permitir que os conflitos passem a ser solucionados por alguém que não exerce a função judicante, que, aliás, não estaria apto à utilização dos meios conciliatórios como dispõe a CLT, nada mais é do que dificultar ainda mais o acesso à justiça e deixar à fragilidade o trabalhador.

Acesso à justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional frente à potencialização das soluções alternativas de resolução dos conflitos

O direito de acesso à justiça é um tema bastante recorrente no meio jurídico e que tem causado uma preocupação constante aos juristas. Isto porque, o sistema jurisdicional deve, em primeiro lugar, ser acessível a todos e, num segundo plano, produzir resultados socialmente justos aos conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário.

A CF/1988 teve importante papel na redescoberta da justiça pelo cidadão, na medida em que trouxe dispositivos legais ampliando o acesso ao Judiciário, todavia, essa ampliação não foi acompanhada da necessária reestruturação do Poder Judiciário.

Dentre os dispositivos constitucionais garantidores do acesso à justiça, merece destaque o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º, CF²⁷. A função jurisdicional deve ser exercida fundamentalmente pelo Estado-Juiz, cujo objetivo principal é tutelar os direitos subjetivos e/ou interesses juridicamente protegidos, ou seja, nada mais é do que um mecanismo para acesso a uma ordem jurídica justa.

Sobre o tema, importante lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.²⁸

O acesso à justiça encontra-se elencado no rol de direitos relacionados às condições mínimas da existência humana. Logo, a criação de mecanismos para impedir, ou dificultar, o acesso à justiça, com objetivo de evitar o excesso de judicialização dos conflitos, é uma opção retrógrada, com viés arbitrário. Apesar disso, tem-se verificado cada vez mais com maior frequência a criação de mecanismos restritivos, diga-se até, que se trata de uma tendência,

²⁷XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

²⁸CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. (reedição 2002). p. 5.

caracterizada pela construção de jurisprudência defensiva ou através de reformas legislativas com a finalidade única de desafogar tribunais, afastando-se da necessária resposta do Estado para solução dos conflitos cotidianos.

As soluções alternativas de resolução de conflitos vêm sendo potencializadas no âmbito dos conflitos trabalhistas coletivos e individuais, inclusive, alguns Tribunais Regionais do Trabalho fazem delas a principal via de equacionamento para as dificuldades enfrentadas pela Justiça do Trabalho, relacionadas a problemas orçamentários e, principalmente, escassez de pessoal.

Se o Poder Judiciário Trabalhista não contempla número suficiente de juízes para proferir sentenças em razão do número elevado de demandas, tais problemas jamais serão resolvidos com a substituição das decisões judiciais por recursos alternativos, muito menos, a exemplo, pela mediação.

Aqui, abre-se um parêntese, para tratar sobre a incompatibilidade da Resolução n. 174 do CSJT com o parágrafo primeiro do artigo 764 da CLT²⁹, já que referido dispositivo legal traz uma reserva legal para a promoção de solução conciliatória, limitada a juízes e Tribunais, logo, a função jurisdicional é indelegável e, conseqüentemente, insuscetível de precarizações, até porque no âmbito da Justiça do Trabalho os conflitos versam, em sua maioria, sobre direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, previstos entre os artigos 6º e 11 da CF, estes, por sua natureza, irrenunciáveis, inderrogáveis e intransferíveis, por isso, a importância do artigo 764 da CLT.

O denominado princípio de conciliabilidade, inerente ao processo do trabalho, deve ser compreendido em sua dimensão histórica e funcional. Nunca deve ser compreendido sob o aspecto absoluto de solução do conflito por meio da conciliação, o que se justifica pelo fato de que a conciliação, no processo trabalhista, pode ser um instrumento valioso, quando utilizado por juízes socialmente sensíveis à realidade sociológica dos trabalhadores e que, por isto, estão mais aptos a persuadir as partes para o acordo, somente assim atender-se-á o disposto no artigo 764 da CLT.

Pensar diferente disso é aceitar a conciliação/mediação acima de tudo, dar mais valor a um acordo firmado entre as partes do que para uma decisão judicial, dar plena validade a “vontade das partes”, sem se preocupar com a desigualdade existente entre empregado e empregador e, muito menos, avaliar se o julgador que acompanhou as negociações estava preparado para tanto.

Sobre as origens históricas do instituto da conciliação na Justiça do Trabalho e na CLT, importante lição de Nasser Ahmad Allan:

A Ação Católica permitiu à Igreja intervir no meio operário, por meio dos Círculos Operários, para propagar sua mensagem de união e concórdia entre capital e trabalho, objetivando incutir entre os trabalhadores os sentimentos de conformação social ao capital e de resignação pessoal ao capitalista. A doutrina social católica defendia o corporativismo por pregar a conciliação e harmonia entre as classes sociais e assim permitir ao Estado subjugar a classe trabalhadora pelo controle dos sindicatos. A análise dos textos jurídicos do período estudado, com ênfase nos Anais do Primeiro Congresso de Direito Social, de 1941, uma das fontes materiais da CLT, permite

²⁹§1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

identificar forte influência católica sobre os juristas. Aprende-se o princípio da colaboração entre as classes sociais norteando as teses apresentadas, negando a luta de classes e o conflito e instigando a solução harmoniosa e pacificadora. Isso se percebe em âmbito coletivo, a partir da defesa do corporativismo; como no individual pela tentativa de fundamentar a subordinação a partir do princípio da colaboração. *A perspectiva dos juristas se refletiu*, no ordenamento jurídico brasileiro, na estrutura sindical, na proibição das greves e na solução jurisdicional dos conflitos, assim como na *incessante busca pela conciliação no direito processual do trabalho*.³⁰

Os meios conciliatórios não podem exercer uma função de “sufocamento” da conflituosidade social, inerente ao ser humano, pelo contrário, se tal como incorporados em nosso ordenamento jurídico trabalhista, “espírito” da CLT, tem-se como objetivo transformar a Justiça do Trabalho em uma autêntica jurisdição humanística.

Segundo os ensinamentos de Guilherme Guimarães Feliciano:

A conciliação apenas fará sentido, hodiernamente, se inserida nesse contexto semântico: o das conciliações socialmente garantistas. Conciliações que não admitam, p.ex., acordos ruins (e.g., frações de verbas rescisórias incontroversas a se pagar em parcelas a perder de vista), simulados (e.g., acordos celebrados em juízo, para pagamento integral de rescisórias, apenas para o efeito de se obter, para a empresa, quitação ampla, geral e irrestrita), fraudulentos (e.g., acordos que ocultam ou alteram naturezas jurídicas irrevogáveis das parcelas a serem pagas, com o adrede intuito de evadir tributação) ou temerários (e.g., acordos que “vendam vento”, como, p.ex., os que ofereçam ao trabalhador direito futuro, incerto e/ou litigioso).³¹

É certo, portanto, que no processo do trabalho os meios conciliatórios para solução dos litígios devem se ajustar, necessariamente, às características das pretensões materiais que se busca a satisfação através do processo trabalhista. Não por outras razões.

Em abril de 2016 a ANAMATRA, durante o 18º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, aprovou em sessão plenária a seguinte tese:

A conciliação é um princípio estrutural do processo do trabalho, mas, pela natureza das relações trabalhistas, os meios autocompositivos de solução de conflitos devem seguir rígidos padrões de admissibilidade. Por absoluta incompatibilidade principiológica, não se admite a mediação nas relações individuais de trabalho, mas somente como forma de solução dos conflitos coletivos. No processo do trabalho, a conciliação é sempre dirigida pelo juiz, nos termos do § 2º do artigo 764, da CLT, não se admitindo que seja realizada, em nenhuma hipótese, por pessoas externas ao Poder Judiciário e nem sem o acompanhamento direto e pessoal do juiz.³²

Muito embora, na esfera trabalhista, a mediação seja admitida no âmbito coletivo, continua sendo rejeitada, inclusive pela ANAMATRA, como método de solução para os conflitos individuais, sob o argumento de incompatibilidade com os princípios que regem o direito material e processual do trabalho.

Como já mencionado anteriormente, a Justiça do Trabalho sempre se utilizou de métodos

³⁰ALLAN, Nasser Ahmad. *Cultura jurídica trabalhista brasileira: 1910-1945*. Doutrina social católica e anticomunismo. São Paulo: LTr, 2016. p. 79. (grifo nosso)

³¹FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual dos direitos humanos fundamentais e inflexões do “due process of law”*. São Paulo: LTr, 2016. Passim.

³²CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 18., 2016, Salvador, BA. *Teses*. Comissão 4. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/conamat2016/listagem-teses-aprovado.asp?ComissaoSel=4>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

conciliatórios para resolução dos litígios. Portanto, sempre coube ao juiz do trabalho envidar esforços na tentativa de incentivar a composição das partes, aliás, durante todas as fases processuais. Nesse sentido, Mauro Schiavi leciona que:

A Justiça do Trabalho prestigia a conciliação como forma primordial de solução do conflito trabalhista (art. 764 da CLT), a ponto de obrigar o juiz a propor conciliação em diversos estágios do processo, quais sejam: quando aberta a audiência, antes da apresentação da contestação (art. 846 da CLT) e após as razões finais das partes (art. 850 da CLT).³³

Uma boa parte das reclamações trabalhistas é resolvida mediante acordo entre as partes. Não obstante, o modo como muitas vezes a conciliação na Justiça do Trabalho é conduzida têm sido objeto de críticas, entendendo-se que alguns reclamantes, convencidos pelo juiz e pelos advogados de que a solução da reclamação trabalhista poderá levar anos, acabam abrindo mão de parte de seus créditos na expectativa de receber o mais breve possível. Sobre o assunto é a lição de Luiz Carlos Amorim Robortella:

[...] muitos acordos prejudicam os empregados, visto que motivados predominantemente pela expectativa da demora da decisão. Juizes e advogados não se pejam de exaltar as virtudes de acordos rápidos, logo no início da demanda, à custa de pesadas perdas para o empregado, a partir do argumento da excessiva demora na solução, os infinitos recursos, etc.³⁴

Se os trabalhadores já enfrentam tal situação quando a conciliação é dirigida de forma direta e imediata pelo juiz, situação pior poderá ser verificada nas audiências de mediação quando dirigidas por servidores, conforme autorização da Resolução n. 174 do CSJT.

Ora, a celebração de acordo nos dissídios individuais trabalhistas faz-se, sempre, em detrimento da integral satisfação dos direitos do trabalhador, até porque, se assim não fosse, jamais a reclamada aceitaria o acordo. O reclamante acaba aceitando o acordo premido pela necessidade, pois, muitos deles, não têm sequer o que comer, e dependendo do lugar onde tramita a reclamação trabalhista, está à espera da primeira audiência há mais de um ano.

Estimular cada vez mais os meios alternativos de solução na Justiça do Trabalho, para além da conciliação, é o mesmo que estimular as empresas a continuarem descumprindo suas obrigações, isto porque, muitas empresas preferem arriscar-se em condenações na Justiça do Trabalho a pagar os direitos trabalhistas na vigência do contrato, sabendo da possibilidade de obter um acordo mais vantajoso na Justiça.

Princípio da voluntariedade x aplicação de multa em caso de ausência à sessão de mediação

A mediação, cuja finalidade se presta a oferecer àqueles que estão vivenciando um determinado conflito uma solução, tem por base diversos princípios que servem para instruir seus procedimentos durante o processo, de modo a se alcançar, pelas melhores vias, um entendimento comum entre as partes, um acordo que lhes seja satisfatório.

Em nosso ordenamento jurídico, o legislador fez expressa menção desses princípios,

³³SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

³⁴ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Mediação e arbitragem. Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho. *Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência*, n. 14, p. 69-80, set. 1997. p. 71.

conforme se observa na Lei de Mediação (artigo 2º da Lei n. 13.140/2015) e no CPC (artigo 166). Com isso, nota-se a importância que se deve ter em analisá-los e aplicá-los de maneira correta às diversas situações apresentadas quando da utilização desse método.

Entre esses princípios norteadores, um deles tem grande relevância para os envolvidos. Trata-se do princípio da voluntariedade, também denominado de autonomia da vontade ou princípio do consensualismo, o qual diz respeito às partes. Tal princípio garante às partes que usufruam do procedimento da mediação de maneira livre e voluntária, de modo que não haja interferências externas que possam macular a autonomia da vontade dos envolvidos. O princípio em comento possui o condão de assegurar o protagonismo consensual das partes.

Por essa voluntariedade, as pessoas envolvidas na contenda possuem a liberdade de decidirem em todas as fases do procedimento, desde o momento em que resolverão se efetivamente querem se submeter à mediação, até eventuais propostas de acordo que porventura definam a situação. Assim, constata-se que os demais indivíduos envolvidos na mediação devem dar a devida independência às partes, inclusive, e principalmente, o mediador, para que elas tomem suas próprias decisões, sem haver quaisquer máculas.

Entretanto, o que se vê na prática é uma clara afronta a esse princípio.

Isto porque, ajuizada a ação trabalhista, com a finalidade de ter seu direito material efetivado, muitas vezes agenda-se audiência para fins conciliatórios com mediação de um servidor, este sob orientação do juiz do trabalho (Resolução n. 174 do CSJT), ou audiência de conciliação/mediação, para data anterior à audiência inicial ou na fase executória, especialmente, para homologação dos cálculos, independentemente de as partes terem manifestado real interesse em submeter o conflito a esse procedimento.

E, ainda, nos despachos relativos à designação da audiência de conciliação/mediação, por vezes, há expressa ordem para que os litigantes compareçam, sob pena de cominação de multa ante a caracterização de ato atentatório à dignidade da justiça, o que torna, ao ponto de vista da mediação, a situação ainda mais grave. A título de exemplo, apresenta-se o teor de um despacho proferido no processo n. 0010590-32.2018.5.15.0044:

Considerando que a conciliação é um dos pilares do processo judicial trabalhista (art. 764 da CLT), cabendo ao juiz estimular a solução consensual de conflitos, nos termos dos artigos 3º, § 3º e 139, inciso V, ambos do CPC, de aplicação supletiva ao processo do trabalho (art. 769 da CLT) e considerando, ainda, os termos da Resolução Administrativa nº 12/2014, do E. TRT/15, em especial em seus artigos 2º, 4º e 9º, § 1º, e a Resolução 174/2016 do CSJT, ficam as partes notificadas de que foi designada *AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO/MEDIAÇÃO* qualificada para o dia 22/05/2018, às 16:40 horas, no auditório deste fórum trabalhista, na qual as partes deverão comparecer obrigatoriamente, munidas de dados objetivos que possibilitem a composição amigável. [...]. *A presença das partes na referida audiência é obrigatória e determinada com fulcro nos artigos 139, V e 772, I, do CPC. A ausência das partes poderá ser considerada como ato atentatório à dignidade da justiça, o que poderá implicar na multa prevista no §8º do artigo 334 do CPC.* [...] Restando infrutífera a conciliação, ficam as partes cientes de que audiência anteriormente designada será mantida na data em que fora designada, 04/09/2018 às 08:30 horas sob as cominações legais. Intimem-se as partes, sendo o reclamante através de seus i. patronos constituídos e o reclamado por registrado postal. Em 16 de Abril de 2018. Juiz(iza) do Trabalho.³⁵

³⁵TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. *Reclamação trabalhista nº 0010590-32.2018.5.15.0044*. Reclamante: Carlos Antônio da Silva. Reclamada: Fundação Faculdade Regional de Medicina S. J. Rio Preto. Distribuído em: 13 abr. 2018. (grifo nosso).

O Poder Judiciário, ao longo dos últimos anos, vive uma intensa busca em tentar diminuir o número de ações que lhes são propostas para apreciação, valendo-se, muitas vezes, como no presente caso, de métodos arbitrários e ativistas, o que vai de encontro a certos mandamentos do nosso ordenamento jurídico.

Importante lembrar que própria legislação trabalhista prevê que a conciliação pode acontecer em qualquer fase processual, tendo o juiz, inclusive, o dever de proceder com as tentativas para a composição das partes, além disso, casos as partes cheguem a um acordo podem peticionar informando o juiz sobre os termos da composição e após deverão comparecer perante o juiz para homologação do acordo. Tal situação pode acontecer até mesmo quando o processo estiver na fase recursal, quando a homologação do acordo será feita pelo Tribunal e, atualmente, com possibilidade da homologação de acordo extrajudicial (artigo 855-B da CLT).

Desta forma, o ato de cominar pena às partes para que se submetam à mediação viola tanto um princípio constitucional, qual seja, o da inafastabilidade da jurisdição, quanto um princípio que rege a própria mediação, o da voluntariedade, ou autonomia da vontade. Essa conduta contraria todo o procedimento da mediação, de modo que lhe tira uma de suas características principais.

Deve-se reconhecer a intenção do legislador em tentar diminuir a cultura brasileira de judicialização, na qual várias situações que poderiam ser resolvidas entre as próprias partes são levadas ao Poder Judiciário, dando início a um número imenso de ações processuais. Contudo, é necessário observar o que a lei determina, sem que haja ações que infrinjam a norma legal.

Notificar às partes a se submeterem à mediação, e ainda com a possibilidade de aplicação de multa, implica-lhes em fazer algo que, a princípio, fere seus objetivos. Nesse sentido, a mediação perde um de seus pilares, maculando todo o procedimento.

Considerações finais

A Justiça do Trabalho sempre se utilizou da conciliação como método para resolução das lides trabalhistas, classificada como um ato pelo qual o juiz oferece ao reclamante e ao reclamado bases necessárias para composição de seus interesses. Como visto no decorrer do estudo, o direito processual do trabalho, desde seu surgimento, já primava pela solução amigável, situação também prevista no âmbito constitucional.

Com a evolução da cultura da autocomposição dos conflitos, o Poder Legislativo editou a Lei de Mediação, regulamentando o instituto. O CPC assim também o fez, inclusive apresentando novos princípios informadores da mediação. Em mesmo sentido, a Justiça do Trabalho regulamentou a aplicação da mediação nos processos trabalhistas através da Resolução n. 174 do CSJT.

Não obstante a regulamentação na esfera trabalhista, é notória a insistente confusão entre as figuras da mediação (que implica a intervenção de um terceiro equidistante das partes, meramente aproximador) e da conciliação (que implica a intervenção de um terceiro igualmente equidistante, mas ativo, com aptidão inclusive para formular propostas de solução – o que, registre-se, sempre foi o perfil atribuído ao juiz do trabalho, à luz do artigo 764 da CLT). Mediação e conciliação diferenciam-se, especialmente, na finalidade, apesar de também se diferenciarem pelo método e técnicas aplicadas.

Como visto, a conciliação visa o acordo em si, sendo mais indicada para a solução de conflitos em que não haja relação continuada, enquanto a mediação busca o restabelecimento

da comunicação entre as partes, em razão da existência de vínculo anterior entre as partes ou para as situações em que a relação estabelecida entre as partes perdurará no tempo.

A importância da distinção não se trata apenas de atitudes especulativas, sem efeitos práticos, pelo contrário, boa parte das dificuldades enfrentadas pelas correntes que discutem sobre a possibilidade de utilização da mediação nos processos trabalhistas passa por essa divergência semântica, tendo como consequência jurídico-formal o próprio teor da Lei de Mediação, que prevê a regulamentação da mediação nos conflitos trabalhistas através de lei própria, ou seja, lei em sentido formal, não de resolução do CSJT, situação oposta à conciliação, que sempre esteve disciplinada na CLT, sob direção direta e imediata do juiz do trabalho.

Muitas vezes, a utilização de métodos alternativos para a resolução do conflito acaba por ignorar a razão de ser e a própria finalidade da Justiça do Trabalho, e do próprio sistema jurisdicional trabalhista, e isto pode gerar situações de não concretização dos direitos fundamentais do trabalhador, inclusive com disposições normativas com o único fim de impedir a concretização do direito ao acesso à justiça e, sobretudo, em absoluto desrespeito à dignidade humana do trabalhador, a quem, inegavelmente, o sistema deveria proteger.

Ora, diante da cultura de boa parte da sociedade relacionada a desvalorização dos direitos trabalhistas, somada à ineficácia dos órgãos fiscalizadores do cumprimento da legislação e a necessária submissão do trabalhador ao seu empregador para manutenção do emprego, o processo trabalhista é a única via que resta ao empregado para a defesa de seus direitos, de modo que não se pode criar mecanismos para afastar o trabalhador da tutela jurisdicional, e aqui, leia-se, tutela do Estado-Juiz, motivo pelo qual defende-se que, seja qual for o método autocompositivo utilizado, este deverá sempre ocorrer mediante direção direta e imediata do juiz do trabalho, em respeito à reserva legal insculpida no artigo 764 da CLT.

Conclui-se, portanto, pela inaplicabilidade da audiência de mediação na Justiça do Trabalho, primeiro porque raros são os conflitos que envolvem partes com relacionamento anterior, razão pela qual a conciliação, já aplicada, se mostra como meio eficiente para condução das partes à autocomposição, pois mantém o foco nos problemas objetivos do conflito, e segundo, porque a regulamentação da mediação no processo do trabalho não tratou sobre a diferenciação entre a figura do conciliador e mediador, sem nem ao menos estabelecer os requisitos específicos para a sua utilização, dentre os quais destaca-se a voluntariedade, o que afronta diretamente a garantia constitucional de acesso à justiça.

Aceitar esse tipo de resolução para o conflito trabalhista, sem observância de suas especificidades, é o mesmo que desincentivar o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador, e a Justiça do Trabalho não pode ser conivente com isso, cuja função primordial é dar efetividade ao direito material, dar a quem tem direito exatamente aquilo a que faz jus, sem se esquecer de seu papel fundamental na proteção do trabalhador, hipossuficiente da relação de emprego.

A mediação não pode ser imposta, tampouco recomendada, visto que aos interessados, e tão somente a estes, cabe a decisão de submissão a tal forma de resolução do conflito. Uma possível imposição agride a inafastabilidade do controle jurisdicional insculpida no inciso XXXV do artigo 5º, da CF/1988.

Referências

- ALLAN, Nasser Ahmad. *Cultura jurídica trabalhista brasileira: 1910-1945*. Doutrina social católica e anticomunismo. São Paulo: LTr, 2016.
- ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas inversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). *Mediação de conflitos*. Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2009.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 7169/2014*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. (reedição 2002).
- CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 18., 2016, Salvador, BA. *Teses*. Comissão 4. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/conamat2016/listagem-teses-aprovado.asp?ComissaoSel=4>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual dos direitos humanos fundamentais e inflexões do “due process of law”*. São Paulo: LTr, 2016.
- MENEZES, Marcelo Paes. Sobre mediação, direito do trabalho e conflitos de “ódio, amor e dor”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, p. 205-212, jul./dez. 2000.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Mediação e arbitragem. Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho. *Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência*, n. 14, p. 69-80, set. 1997.
- SCHIAVI, Mauro. *Princípios do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- SOUZA, Aline Aparecida de; COSTA, Nilton César Antunes da. O uso da mediação para a solução dos conflitos individuais do trabalho: principais vantagens em comparação à conciliação. *Revista dos Tribunais*, v. 106, n. 985, p. 23-41, nov. 2017.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. *Reclamação trabalhista nº 0010590-32.2018.5.15.0044*. Reclamante: Carlos Antônio da Silva. Reclamada: Fundação Faculdade Regional de Medicina S. J. Rio Preto. Distribuído em: 13 abr. 2018.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Ranking dos assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho: ano de 2018 (casos novos)*. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- _____. *Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis, SC: Habitus, 2001.

Responsabilidade civil no direito do trabalho após a Lei nº. 13.467/2017

EVANDRO DE OLIVEIRA TINTI

Advogado. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

E-mail: evandrotinti@hotmail.com

Resumo: O presente estudo aborda o tema responsabilidade civil no direito do trabalho, a partir de uma análise crítica das inovações legislativas introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, alcunhada de reforma trabalhista. Diante da importância do tema e da polêmica criada a partir da aprovação desta Lei, passa a ser constante o pavor dos trabalhadores causado por tal reforma, exigindo-se imediatidade nos estudos e pacificação da melhor interpretação desta Lei, naquilo que for considerado inconstitucional, inconveniente ou mesmo na aplicação com interpretações conforme a Constituição Federal e o restante do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Responsabilidade civil. Relações de trabalho. Precarização.

Abstract: This study deals with the issue of civil liability in labor law, based on a critical analysis of the legislative innovations introduced by Law no. 13.467/2017, nicknamed a labor reform. Faced with the importance of the theme and the controversy created from the approval of this Law, becomes constant fear of workers caused by such a reform becomes constant, requiring immediacy in the studies and pacification of the best interpretation of this law, in what is considered unconstitutional, or even in the application with interpretations according to the Federal Constitution and the rest of the legal order.

Keywords: Labor reform. Civil liability. Work relationships. Precariousness.

Introdução

A Lei n. 13.467/2017, que instituiu uma série de alterações na legislação do trabalho, chamada de “reforma” trabalhista, vem sendo duramente criticada por vários motivos, por parte de diversos setores da sociedade.

Primeiramente, a maior crítica se dá pela celeridade incomum na tramitação do Projeto de Lei que a originou (PL n. 6787/2016, que alterava apenas sete artigos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que depois se transformou no PLC n. 38/2017, com centenas de emendas¹), cerca de sete meses – durante os quais ainda houve recesso parlamentar –, o que soou desproporcional em relação aos demais projetos e tendo em vista sua extensão, que é de mais de duzentos dispositivos, nos quais abrangem-se matérias extremamente relevantes no âmbito da relação de trabalho.

Acresça-se a isso a ausência de estudos sérios e de debates tripartites adequados com instituições representativas de trabalhadores e empregadores, o que pode e deve acarretar o reconhecimento da inconveniência da Lei n. 13.467/2017, o que é um vício formal objetivo, por descumprimento da Convenção n. 144 da Organização Internacional do Trabalho, além de outras Convenções ratificadas pelo Brasil, com força de norma constitucional, e que garantem tais consultas tripartites prévias².

Alessandro da Silva faz uma importante análise de outros dois fundamentos da “reforma” trabalhista, a idade da legislação do trabalho e a tentativa de redução da litigiosidade com as

¹MAIOR, Jorge Luiz Souto; ROCHA, Bruno Gilga Sperb. A história da ilegitimidade da Lei n. 13.467/17. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017. cap. 1. p. 15-28.

²MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; ACIOLI, José Adelmy da Silva. A inconveniência formal da Lei n. 13.467/2017. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017. cap. 5. p. 93-95.

mudanças processuais, cuja importância do texto vale uma rápida síntese.

Segundo o autor, os defensores da “reforma” trabalhista alegam que a legislação é antiga e que necessitaria de modernização, o que não é verdade, pois é possível observar que a maior parte da CLT foi revogada ou alterada ao longo dos anos, além do que, existem diversos direitos trabalhistas criados por leis esparsas, durante a vigência da CLT³.

Sobre a busca pela redução de uma suposta litigiosidade exagerada e infundada, basicamente, este autor demonstra estatisticamente que a litigiosidade foi sendo reduzida até 2015, desde 2002, em comparação do número de ações ajuizadas e do aumento do número de desligamentos e novos contratos de trabalho. Ao mesmo tempo, há também relação entre a litigiosidade e a taxa de desemprego, de forma que a litigiosidade é apenas consequência de um contexto social, político e econômico muito mais amplo⁴.

De qualquer forma, além desse debate, também é necessário adentrar aos temas específicos desta “reforma”, para verificar como será a sua aplicação diante do restante do ordenamento jurídico. Não obstante a tudo o que foi dito, não se imagina que tal norma será afastada em sua íntegra pelos tribunais, diante do que se verifica nas decisões mais recentes dos tribunais brasileiros, especialmente do Supremo Tribunal Federal, sobre questões trabalhistas.

Por isso, o tema que será tratado no presente trabalho será a indenização por danos extrapatrimoniais no direito do trabalho, assunto que encontrou diversas novidades na Lei aqui tratada, e que também é alvo de bastante polêmica.

Para tanto, far-se-á inicialmente uma análise de como tal instituto era regulamentado antes das novidades legislativas, por meio da utilização subsidiária de normas do direito comum, ao passo que, em seguida, adentraremos ao tema específico para esmiuçá-lo, nos limites que a brevidade do trabalho nos permitir, e criticá-lo, de acordo com suas conformidades com o ordenamento jurídico e com o contexto político, social e econômico do país.

Breves considerações sobre a responsabilidade civil

A responsabilidade civil, nos termos do Código Civil (CC), pode advir de duas situações: ato ilícito e abuso de direito, previstos nos artigos 186 e 187, respectivamente. Ocorrendo qualquer destas situações e resultando-se em dano, material ou moral, nascerá o direito à reparação, assim como prevê o artigo 927 deste mesmo Código.

E embora seja difícil a fixação de indenização equivalente, especialmente na hipótese de reparação de dano moral, o juiz do trabalho deve fixar a indenização a partir da extensão do dano, nos termos do artigo 944 do CC.

Ao mesmo tempo, no momento da fixação da indenização, deve ser considerado que esta tem funções importantes, tais como o caráter pedagógico e desmotivador de novas condutas pelo agente agressor, além da reparação estimada dos danos sofridos pela vítima, dentre outras.

Em relação à culpa, a responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva e objetiva.

³SILVA, Alessandro da. A “reforma” trabalhista e o mito da litigiosidade. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular. 2017. cap. 3. p. 47-48.

⁴Ibid., p. 50-57.

⁵TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 559.

Segundo Flávio Tartuce:

Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).⁵

A responsabilidade civil decorrente da culpa acompanha o direito há séculos, desde a origem da ideia de reparação civil. Por outro lado, ao longo do século XX, ao verificar situações de dificuldade probatória de culpa por parte da vítima, acertadamente a doutrina e os tribunais passaram a admitir a aplicação da teoria do risco, que dispõe ser objetiva a responsabilidade no caso de exercício de atividades que por sua natureza oferecem um risco acima do normal na média entre as profissões.

Sobre o tema, assim leciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

O choque da realidade com a rigidez da norma legal impulsionou os estudiosos no sentido da busca de soluções para abrandar, ou mesmo excluir, o rigorismo da prova da culpa como pressuposto para indenização, até porque o fato concreto, colocado em pauta para incômodo dos juristas, era o dano consumado e o lesado ao desamparo.... Pouco a pouco, o instrumental da ciência jurídica começou a vislumbrar nova alternativa para acudir as vítimas dos infortúnios.

Ao lado da teoria subjetiva, dependente da culpa comprovada, desenvolveu-se a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, segundo a qual basta o autor demonstrar o dano e a relação de causalidade, para o deferimento da indenização. Em outras palavras, os riscos da atividade, em sentido amplo, devem ser suportados por quem dela se beneficia.⁶

E, pouco mais adiante, prossegue:

No Brasil vários autores aprofundaram estudos no tema da responsabilidade objetiva, valendo citar o Professor Alvinho Lima, que, em 1938, defendeu tese para concorrer a cátedra de Direito Civil, perante a Faculdade de Direito de São Paulo, intitulada “Da culpa ao risco”, posteriormente publicada com o título *Culpa e Risco*. Anos mais tarde, o notável Professor Wilson Melo da Silva apresentou tese perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, defendendo ardorosamente a corrente objetivista, com o título “Responsabilidade sem Culpa”. De grande relevo também as posições dos mestres Jose de Aguiar Dias e Caio Mario da Silva Pereira em obras específicas a respeito da responsabilidade civil.⁷

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade objetiva já existia antes do CC de 2002, mas com este foi ampliada consideravelmente, a partir de seu artigo 927, parágrafo único, que acolheu a teoria do risco da atividade, além de outros dispositivos que tratam de outras formas de responsabilidade independentemente de culpa.

Tais dispositivos do CC sempre foram aplicados às relações de trabalho, com base no parágrafo único do artigo 8º da CLT, que previa a forma de integração normativa em caso de omissão do direito material do trabalho, assim dispondo: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

⁶OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013. p. 109-110.
⁷Ibid., p. 110.

Este parágrafo também foi alterado pela “reforma” trabalhista, passando a ser o parágrafo primeiro, e agora sem a expressão “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, o que será de difícil aplicação pelos operadores do direito do trabalho, já que a compatibilidade com o ordenamento juslaboral não é observada por comando legal, mas sim pela própria principiologia que o lastreia, especialmente o princípio protetivo.

É, por isso, relevante analisar como fica a aplicabilidade destes dispositivos de direito comum a partir da “reforma” trabalhista, em conjunto com as novas normas ou para suprir lacunas, o que também será tratado a seguir.

A responsabilidade civil no direito do trabalho após a Lei n. 13.467/2017

A “reforma” trabalhista buscou inovar no tema da responsabilidade civil no direito do trabalho, ao inserir o título II-A na CLT, que trata dos danos extrapatrimoniais, sem tratar de diferenciação, conceituação ou do alcance desta expressão.

As alterações dizem respeito apenas a danos extrapatrimoniais, mas buscam restringir suas regras ao dano moral no seu sentido tradicional, perdendo a oportunidade – ou se omitindo intencionalmente – de tratar de figuras importantes de dano extrapatrimonial que não se enquadram no conceito usual de dano moral, o que não as extingue ou impede a sua utilização, eis que baseadas principalmente nas garantias e princípios constitucionais.

Segundo Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado,

A tutela dos direitos da personalidade da pessoa humana nas relações de trabalho e no meio ambiente laboral despontou como uma das manifestações mais claras desses princípios constitucionais inovadores, criando um importante patamar de afirmação do trabalhador no mundo do trabalho. O novo Título II-A da CLT tenta descaracterizar esse avanço cultural e jurídico, por meio de nítida equalização de situações e conceitos jurídicos distintos. Segundo a nova Lei, não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tomam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos da força constitucional inspiradora deflagrada em 1988 em benefício da pessoa humana.⁸

Não obstante tal inconsistência, é premente a análise detida das normas, em si.

O legislador criador da “reforma” trabalhista é prepotente ao ponto de dizer logo no artigo 223-A que “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Ou seja, pela expressão “apenas” parece que nem a Constituição Federal será aplicável, nem qualquer outra lei ordinária, no caso de incompletude, como previsto no artigo 8º da mesma CLT.

Logo o primeiro artigo já se mostra inconstitucional, pois não pode uma lei afastar a faculdade de o julgador analisar o ordenamento jurídico como um todo, pois esta tentativa vai contra o próprio conceito positivista de coerência do ordenamento jurídico vigente.

⁸DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 144-145.

Jorge Luiz Souto Maior assim analisa o dispositivo:

E vale reparar que o legislador, de forma totalmente arbitrária, tenta evitar que o juiz se valha do conjunto normativo ligado aos direitos de personalidade, para resolver o conflito, na medida em que “sentencia” que serão aplicados “apenas” os dispositivos constantes do Título que cria.

Mas, como se sabe, a proteção dos direitos de personalidade sequer depende de regulação específica e o fato desta existir não pode, por óbvio, evitar que outras normas jurídicas, mais eficazes, sejam chamadas para a solução do caso, até porque não se está falando de direitos de personalidade do empregado, mas de direitos de personalidade que compõem o parâmetro ideal da entidade humana, a qual todos pertencem, inclusive, o empregado. Um artigo de lei não pode afastar a Constituição e os Tratados e Declarações Internacionais ligados aos Direitos Humanos.⁹

Igualmente incisivo na crítica a este dispositivo, assim discorre Mauro de Azevedo Menezes:

Não pode ter eficácia essa norma legal, que determina a impermeabilidade de seu conteúdo ao influxo do restante do ordenamento jurídico. É elementar a lição hermenêutica segundo a qual as normas não devem ser aplicadas mediante operação interpretativa que despreze o conteúdo normativo sistemático, seja do próprio diploma que a contém, seja do conjunto das demais leis do ordenamento, seja, mais ainda, da Constituição. No que concerne aos danos extrapatrimoniais, ressalte-se o absurdo de supor admissível o alijamento das normas supletivas do Código Civil e os princípios inspiradores e conformadores da Constituição.¹⁰

Prosseguindo, vejamos os demais dispositivos recém-criados, pinçados dentre os mais polêmicos.

O recém-nascido artigo 223-B da CLT dispõe que: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

Inicialmente, assinala-se que é controvertido o assunto do direito da pessoa jurídica de indenização por danos extrapatrimoniais, pois dependendo do aspecto que se dá ao instituto, é impossível a reparação de tais danos, especialmente porque os valores protegidos pela previsão constitucional da matéria se restringem a pessoas naturais, e não pessoas jurídicas.

Sobre o tema, assim comenta Jorge Luiz Souto Maior:

De plano a proposta já expressa que também o empregador pode se ver vítima de uma ofensa moral, mesmo sendo uma pessoa jurídica. Não vejo, propriamente, um impedimento jurídico para isso, mas o que sobressai é a preocupação do legislador com o tema, buscando uma proteção jurídica para o empregador em face do empregado, justamente em um projeto que se vende com o argumento da necessidade de não mais se proteger o “tadinho” do trabalhador [...].¹¹

O que mais chama a atenção neste artigo é, na verdade, a tentativa de restrição do pleito da indenização apenas à vítima do mesmo, o que nitidamente visa o impedimento

⁹MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Os 201 ataques da “reforma” aos trabalhadores*. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

¹⁰MENEZES, Mauro de Azevedo. Danos extrapatrimoniais na Lei n. 13.467/2017: o mesquinho cerceio da dignidade. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular. 2017. cap. 16. p. 214.

¹¹Op. cit.

de busca por reparação pela família no caso de falecimento de empregado por acidente laboral.

Todavia, novamente é de se dizer que não pode a lei afastar uma pretensão lastreada inclusive na Constituição Federal, o que também torna tal dispositivo inconstitucional ou, ao menos, passível de uma interpretação restritiva.

Aliás, a melhor interpretação deste artigo é no sentido de que, no caso de falecimento do trabalhador, persiste o direito dos herdeiros em pleitear as devidas indenizações por danos extrapatrimoniais. Isso porque o chamado dano em ricochete tem a finalidade de reparar a dor de que era próximo e mantinha vínculo afetivo e dependência econômica com o trabalhador falecido. Ou seja, as vítimas são os próprios herdeiros, de modo que o fato de pleitearem indenização encontra respaldo em todo o ordenamento jurídico, iniciando-se pelos mandamentos constitucionais, o que não pode ser afastado por lei.

Sobre o tema, assim ensina Sebastião Geraldo de Oliveira:

O acidente do trabalho fatal repercute intensamente no núcleo familiar da vítima, mas projeta seus reflexos dolorosos sobre todos que de alguma forma estavam a ela vinculados afetivamente. O passamento repentino do trabalhador que saiu de casa para ganhar a vida, mas paradoxalmente a perde, causa “um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irrisignação”. Como observa Sérgio Severo, “se a morte de alguém não aniquila o espírito das pessoas que lhe querem, com certeza amputa-lhes uma importante parte do seu patrimônio afetivo”.

Com efeito, os danos causados pelo óbito atingem reflexamente outros parentes ou mesmo terceiros que compartilhavam da convivência do acidentado. São os chamados danos morais indiretos ou em ricochete, decorrentes do ato ilícito.¹²

Portanto, de modo algum é plausível a interpretação de que tal dispositivo legal aboliu a possibilidade de pleito de indenização por danos extrapatrimoniais por herdeiros da vítima de acidente fatal, tendo em vista que a legislação ordinária não poderia assim fazê-lo, diante das regras gerais de responsabilidade civil previstas na Constituição Federal, nos tratados internacionais e nas demais normas gerais sobre o tema.

O artigo 223-C visa elaborar um rol de bens tutelados juridicamente pela indenização por danos extrapatrimoniais. Obviamente tal rol é exemplificativo, diante da amplitude das hipóteses de danos extrapatrimoniais.

Sobre o tema, assim leciona Homero Batista Mateus da Silva:

[...] quem poderá afirmar que o rol do art. 223-C é taxativo? Ele se esforçou ao compilar nove grandes temas da hostilidade ao ser humano, mas, de plano, se esqueceu de assuntos muito delicados e recorrentes no ambiente de trabalho como a dispensa de pessoas por idade avançada – aliás, nem tão avançada assim, pois há empresas com políticas de cortes aos 45 a 50 anos de idade –, a discriminação de gênero – assim entendida tanto a misoginia quanto a preterição por orientação sexual – e os assuntos ligados à nacionalidade do empregado - numa época em que o Brasil volta a ser ponto de convergência de rotas migratórias significativas. Mas bastaria uma única palavra para demonstrar fraqueza do art. 223-C e sua completa falta de credibilidade para

¹²Op. cit., p. 318.

servir de norte para a fixação das indenizações por danos morais: no país que foi o último a abolir a escravidão no Ocidente, o legislador se esqueceu do racismo como foco de constantes tensões trabalhistas;

Logo, como esse livro é jurídico e não sociológico, só nos resta concluir que o rol é meramente exemplificativo, podendo ser acrescidos outros fundamentos para lesão extrapatrimonial; é o recurso de que o jurista dispõe quando nota a pouca seriedade no legislador.¹³

Mais adiante, no artigo 223-E da CLT, cria-se a figura da proporcionalidade da responsabilização solidária, de acordo com o quanto a ação ou a omissão tenha contribuído para o dano.

Em primeiro lugar, é de se ressaltar a impossibilidade de aferição de tal proporcionalidade para a fixação da indenização, pois cada um dos agentes colaborou para um mesmo resultado, sendo ambos responsáveis por este.

Em segundo lugar, seria impossível também a tentativa de aferir a proporção da omissão para o resultado danoso, uma vez que se houve omissão, não daria para saber o que ocorreria se não houvesse omissão.

O que se consegue avaliar é a intenção de proteção do tomador de serviços em ocasiões em que o dano possa ser atribuído diretamente ao contratante, ou ainda a intenção de se responsabilizar conjuntamente o empregado que seja acusado de contribuir para o dano causado ao companheiro de trabalho¹⁴.

Por isso, tal proporcionalidade também dá mostras de inconstitucionalidade, pelo mesmo fundamento de ofensa ao princípio da reparação integral.

O dispositivo mais polêmico e paradoxal é o parágrafo primeiro do artigo 223-G, da CLT, que dispõe o seguinte:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

De todos, este é o dispositivo que mais levanta críticas no sentido de inconstitucionalidade, por afrontar diretamente o já mencionado princípio da reparação integral, previsto no artigo 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988 e em outras disposições legais.

Mais uma vez a Lei 13.467/2017 é atrevida ao ponto de menosprezar a Constituição Federal, mas nesse artigo não há sequer subterfúgios: a ofensa é direta. Sem o reconhecimento da inconstitucionalidade deste artigo, surgem algumas situações absurdas e confusas.

Nas lições de Homero Batista Mateus da Silva:

Indubitavelmente o art. 223-G é o mais controvertido deste bloco, ao apresentar os valores da tariffação; muito embora tenha havido cuidado de apresentar nada menos do que doze ponderações

¹³SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 60.

¹⁴MAIOR, op. cit.

que o juiz deve fazer antes da estipulação do valor, o fato é que as indenizações têm de caber em uma das quatro faixas criadas pela reforma – leve, média, grave e gravíssima – sem prejuízo da reincidência;

Houve crítica severa ao governo federal, por haver utilizado o salário-contratual do empregado como base de cálculo para a indenização, pois esse padrão, por qualquer ângulo que se observe, faz com que a dor do pobre seja menor do que a dor do rico, independentemente da lesão; essa crítica é irresponsável;

Para piorar a situação, o legislador somente admite a reincidência se for entre as mesmas partes, o que praticamente jamais acontecerá; mesmo que a gente deixe de lado o evento morte, dificilmente o mesmo empregador perseguirá o mesmo empregado por questões raciais, sexuais ou morais duas vezes seguidas; o contrato já está rompido e enterrado.¹⁵

Além da hipótese de indenizações diferentes para o mesmo dano, por conta da diferença salarial, igualmente aberrante seria o caso de danos diferentes, mas indenizações iguais, uma vez que limitadas ao teto.

Severa crítica formula o professor Jorge Luiz Souto Maior, que assim analisou o citado dispositivo legal, quando ainda constava no projeto aguardando aprovação:

Aqui o projeto é ofensivo. Em nenhuma outra esfera do Direito nacional há essa parametrização. O trabalhador aqui é considerado como um cidadão de segunda categoria, pois essa parametrização não ocorre em nenhuma outra relação jurídica.

A vinculação ao valor do salário, ainda, faz com que a dignidade de quem ganha menos valha menos de quem ganha mais.

E se pensarmos a questão da parametrização pelo aspecto das indenizações por dano moral decorrente de acidentes do trabalho, o problema se agrava, e muito, podendo-se, até, desde já, vislumbrar, a exemplo do que se vê em açougues, a exposição no local de trabalho de um pôster da silueta de uma pessoa, com recortes referentes às diversas partes do corpo, e a designação do valor de cada parte, previamente fixado, para garantir a segurança jurídica de quem não respeita a dignidade alheia [...].¹⁶

Por fim, observa-se que não houve qualquer tratamento a controvérsias relevantíssimas, tais como responsabilidade civil pós-contratual, o que não é rotineiro, mas é de muita relevância, especialmente quanto à prescrição, competência e provas.

Também não se tratou da responsabilidade objetiva decorrente do exercício de atividade de risco – teoria do risco, anteriormente analisada–, outro tema importante, que no direito do trabalho, especialmente na infortunística do trabalho ganha especial destaque, mas que obriga aos juristas a se socorrerem da legislação civil, por ausência de normas que observem a especificidade das relações de trabalho.

Do mesmo modo, como já adiantado no início deste capítulo, não se percebe tratamento específico de espécies de danos patrimoniais que não se confundem com o dano moral em seu conceito tradicional, quais sejam: os danos estéticos, danos existenciais, danos físicos, dentre outros.

Não obstante o teor do novo artigo 223-A, criticado anteriormente por tentar restringir a aplicação das demais normas sobre danos extrapatrimoniais, todas essas lacunas, inconsistências

¹⁵Op. cit., p. 61-62.

¹⁶Op. cit.

e inconstitucionalidades demonstram ser imperativa a continuidade do uso da legislação comum para resolução dos conflitos relacionados a este tema, na forma estudada no capítulo anterior, naquilo que for compatível com a legislação do trabalho e os princípios que a lastreiam.

Conclusão

A análise dos dispositivos da Lei n. 13.467/2017 permite concluir que tal norma aparenta ser mais uma busca do legislador para afastar algumas angústias que empresas encontravam em processos e no dia a dia das relações de trabalho do que realmente solução de conflitos jurisprudenciais e doutrinários sobre os temas por ela abordados.

Especialmente quanto ao tema responsabilidade civil, nota-se que as maiores controvérsias jurídicas não foram solucionadas, tais como responsabilidade civil pós-contratual, responsabilidade objetiva decorrente do exercício de atividade de risco, danos estéticos, danos existenciais, danos físicos, dentre outros.

Não há como imaginar, igualmente, situações como indenizações limitadas por lei, ou indexadas a partir do salário do trabalhador, muito menos a ideia de indenizações diferentes para danos iguais, ou o contrário, indenizações iguais para danos diferentes, por conta da diferença entre os rendimentos das vítimas.

Igualmente absurda é a tentativa de afastar a aplicação do restante do ordenamento jurídico quanto à indenização por danos extrapatrimoniais, demonstrando-se desconhecimento do básico da teoria geral do direito.

Aliás, como narrado oportunamente, foram inseridos dispositivos visando dificultar e limitar indenizações decorrentes da relação de emprego, geralmente devidas aos trabalhadores por sua condição de subordinação, que, além de jurídica, geralmente também é social e econômica, acolhendo-se, nitidamente, interesses empresariais, sem se importar com as consequências futuras.

Esta nova legislação não representa um avanço técnico-jurídico, e mesmo tecnicamente é difícil criticá-la, já que, de uma rápida leitura e pelos próprios fundamentos que foram expostos na época de sua aprovação, percebe-se facilmente o caráter eminentemente político da norma, com finalidade de atender aos interesses de grandes empresas, a partir de remendos normativos.

Se tivesse realmente o interesse de evolução legislativa, especialmente no instituto ora tratado, teria abordado os temas acima apontados, cuja regulamentação adequada contribuiria para diminuição das tantas controvérsias existentes.

Por isso, agora os juristas se encontram diante de uma norma feita às pressas, fundada em interesses que nada têm a ver com a evolução técnica que se espera do direito positivo, e com imensas dificuldades no direito material e processual para se desvencilhar.

E do mesmo modo que resulta problemas aos operadores do direito, em um primeiro momento, para entender, interpretar e aplicar tais normas, em médio e longo prazo tal “reforma” trará consequências negativas aos trabalhadores e trabalhadoras de todo o país.

Mesmo no tema aqui estudado e criticado, responsabilidade civil, poderá haver prejuízos infinitos se os dispositivos inseridos ou alterados não forem declarados inconstitucionais ou tiverem a interpretação adequada ao ordenamento jurídico e aos princípios gerais do direito do trabalho.

Não se pode admitir, de forma alguma, que o direito do trabalho evolua no sentido

de negar ou restringir direitos sem qualquer fundamento em necessidades sociais. Como os fundamentos abstratos que se busca utilizar como justificativa, tais como redução de desemprego, crescimento da economia, etc., e que nada têm de relação ao direito do trabalho em sua essência.

Cabe lembrar que o direito do trabalho tem a finalidade de regulamentar a relação capital *versus* trabalho, de forma que seu fruto deve ser a própria paz social, além da garantia básica da dignidade humana, sob o risco de ofensa ao pacto constitucional do Estado Democrático de Direito e ao próprio sistema capitalista.

Deste modo, espera-se ter contribuído com a parcela da análise referente às alterações da CLT quanto à indenização por danos extrapatrimoniais, pois além da crítica geral a ser efetuada no contexto político, social e econômico do país, também é necessário intervir no interior do direito, lutando pela sua boa aplicação, apesar de sua natureza capitalista.

E, com isso, continuar caminhando adiante, na esperança de concepção de uma sociedade mais justa e igualitária, formada a partir das críticas dos problemas atuais e da luta contínua para superá-los.

Referências

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Os 201 ataques da “reforma” aos trabalhadores*. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; ROCHA, Bruno Gilga Sperb. A história da ilegitimidade da Lei n. 13.467/17. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017. cap. 1.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; ACIOLI, José Adelmy da Silva. A inconveniência formal da Lei n. 13.467/2017. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017. cap. 5.

MENEZES, Mauro de Azevedo. Danos extrapatrimoniais na Lei n. 13.467/2017: o mesquinho cerceio da dignidade. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular. 2017. cap. 16.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Alessandro da. A “reforma” trabalhista e o mito da litigiosidade. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular. 2017. cap. 3.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

Obras consultadas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.



Chamada por trabalhos

A revista DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares é uma publicação do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao Direito, à Administração, Sociologia, História, Literatura, Economia e áreas afins.

Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva – SP, Fone: (17) 3522-2405 ou para o endereço eletrônico: ana_polacchini@yahoo.com.br

Seleção dos Artigos

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico.

Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados posteriormente aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial.

Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.
2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a

tradução será providenciada pela revista DIREITO E SOCIEDADE, que terá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.

3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências. O original deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).

4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.

5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, ideias principais e conclusões.

6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, em português e inglês (*keywords*).

7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.

8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deverá ser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.

9. Referências devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR6023:2002.

10. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessário, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: *DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS: Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*



Ramon Nobalbos
Gráfica e Editora

Tel.: (17) 3522-4453
E-mail: atendimento@nobalbos.com.br
Rua 7 de Setembro, 342 - Higienópolis - CATANDUVA - SP