

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

LAÍS VEIGA DE CARVALHO MELLO

**UM DIÁLOGO ENTRE A NATUREZA HUMANA E A VISÃO SISTÊMICA NA
PROMOÇÃO DA JUSTIÇA FAMILIAR**

Projeto apresentado à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRA em Direito do Núcleo de Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Dra. Márcia de Souza Alvim.

São Paulo

2020

LAÍS VEIGA DE CARVALHO MELLO

**UM DIÁLOGO ENTRE A NATUREZA HUMANA E A VISÃO SISTÊMICA NA
PROMOÇÃO DA JUSTIÇA FAMILIAR**

Projeto apresentado à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRA em Direito do Núcleo de Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Dra. Márcia de Souza Alvim.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim – PUC-SP

Professora Doutora Carolina Alves de Souza Lima – PUC-SP

Professora Doutora Renata da Rocha – Mackenzie

AGRADECIMENTOS

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), em especial à Professora Márcia Cristina de Souza Alvim, por sua dedicação, sua disponibilidade, sua orientação e por todos os conhecimentos transmitidos.

À Olívia Brandão Melo, por me apresentar todas as possibilidades do meio acadêmico e por ser minha maior inspiração ao longo desta caminhada. Agradeço por todo o apoio, o incentivo e o carinho.

Aos meus pais, Patrícia e Gilmar, por serem fonte de amor e pelos esforços na realização de cada um dos meus sonhos. Ao Rômulo, pelo companheirismo e pela compreensão nos momentos em que a dedicação exclusiva ao estudo foi necessária.

A todos, minha profunda gratidão.

RESUMO

MELLO, Laís Veiga de Carvalho Mello. **Um diálogo entre a natureza humana e a visão sistêmica na promoção da justiça familiar.** 2020. 115 folhas. Tese em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Esta pesquisa teve como objetivo analisar se o Direito Sistêmico é ferramenta adequada à solução de litígios judiciais na esfera familiar, sob a ótica do pensamento clássico acerca da natureza humana. Para a execução do presente trabalho, foi necessária uma exposição dos princípios basilares do Direito de Família, bem como de alguns institutos jurídicos relevantes. Após isso, foi realizada uma análise acerca da eficácia dos atuais meios de solução de conflitos familiares levados à apreciação do Poder Judiciário. Constatadas algumas insuficiências no atual sistema, foi necessária uma reflexão acerca do Direito para as famílias sob uma perspectiva axiológica. A fim de compreender as falhas no atual proceder judiciário, foi preciso realizar um resgate da natureza humana no pensamento filosófico clássico, para, por fim, examinar a adequação do pensamento sistêmico à atuação judicial. Concluiu-se pela utilidade e pela eficácia de uma abordagem sistêmica na promoção de justiça para as famílias brasileiras, por ser um mecanismo apto a promover uma atuação judicial que parte de uma melhor compreensão dos comportamentos humanos e das causas mais profundas dos conflitos que se instauram. A visão sistêmica permite que o Judiciário considere os aspectos emocionais que permeiam a demanda judicial e busque não apenas proferir uma decisão, mas, de fato e efetivamente, pacificar a relação entre as partes, sendo, portanto, uma importante ferramenta para a concretização da dignidade humana e da harmonia familiar e social.

Palavras-chave: Direito. Natureza humana. Pensamento sistêmico.

ABSTRACT

MELLO, Laís Veiga de Carvalho Mello. **A dialogue between human nature and the systemic view in promoting family justice**. 2020. 115 sheets. Thesis in Philosophy of Law - Pontifical Catholic University of São Paulo.

The main objective of this research was to analyze systemic law from the perspective of human nature in classical philosophy as an adequate tool in solving judicial family conflicts. For the execution of the present work, it was necessary to present the basic principles of family law as well as some relevant legal institutes. Afterwards, an analysis was carried out on the effectiveness of the current means of resolving family disputes by the judiciary. Having found some shortcomings in the current system, it was necessary to reflect on the law for families from an axiological perspective. In order to understand the flaws in the current judicial procedure, it was necessary to carry out a rescue of human nature in classical philosophy in order to finally examine the adequacy of systemic thinking in judicial performance. It was concluded that a systemic approach is useful and effective in promoting justice for Brazilian families, as it is a mechanism capable of promoting judicial action based on a better understanding of human behavior and the deeper causes of conflicts that are taking place. The systemic view allows the judiciary to consider the emotional aspects that permeate the judicial demand and seek not just to make a decision, but in fact and effectively pacify the relationship between the parties, being, therefore, an important tool for the realization of human dignity and family and social harmony.

Keywords: Right. Human nature. Systemic thinking.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	7
1	NOÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
1.1	A afetividade na família moderna como reflexo do princípio da dignidade humana.....	13
1.2	Outros princípios: igualdade, solidariedade e melhor interesse da criança.....	20
1.3	Natureza jurídica do Direito de Família: princípios da autonomia da vontade e da liberdade.....	24
1.4	Alguns institutos do Direito de Família.....	27
1.4.1	Filiação.....	27
1.4.2	Poder familiar.....	30
1.4.3	Dos alimentos.....	38
2	A JUSTIÇA DAS FAMÍLIAS NO BRASIL.....	42
2.1	Os efeitos da imposição judicial e as dificuldades processuais nos litígios decorrentes da filiação.....	42
2.2	As particularidades do conflito familiar e a necessidade de adequação dos profissionais atuantes.....	51
2.3	Meios alternativos de solução de conflitos.....	55
2.4	Uma análise axiológica do atual direito para as famílias brasileiras.....	61
3	A NATUREZA HUMANA E O DIREITO.....	69
3.1	Uma revisão da natureza humana na Filosofia Clássica.....	69
3.1.1	A alma humana: um diálogo entre as obras platônicas.....	70
3.1.2	As paixões em Aristóteles.....	78
3.2	As emoções como objeto de estudo do Direito.....	83
4	DIREITO SISTÊMICO: POR UMA JUSTIÇA HUMANIZADA.....	88
4.1	As leis sistêmicas.....	89
4.1.1	Pertencimento.....	91
4.1.2	Equilíbrio.....	93
4.1.3	Ordem.....	94
4.1.4	A constelação familiar.....	96
4.2	A transformação da cultura litigante em cultura de paz.....	99
4.3	Aplicação do Direito Sistêmico em demandas específicas.....	104
4.3.1	Questões de guarda e alienação parental.....	105
4.3.2	Obrigações de alimentar entre pais e filhos.....	112

4.4	Os desafios de uma prática em construção.....	115
	CONCLUSÃO.....	117
	REFERÊNCIAS.....	120

INTRODUÇÃO

Desde os seus primórdios, a Filosofia tem a natureza humana como um dos seus principais objetos de estudo. Ao percorrer a linha de evolução do pensamento filosófico, é evidente a constante busca pela compreensão dos aspectos racionais e emocionais da humanidade e pela qualificação dos seres humanos em bons ou maus.

Para uma ciência que busca regular o comportamento humano, a reflexão filosófica acerca da natureza humana é de grande utilidade. Esse aproveitamento é ainda maior para o Direito contemporâneo, cujo ordenamento jurídico traz como centro e valor a dignidade humana.

É justamente sob o prisma da natureza humana no pensamento filosófico clássico, da visão de pessoa humana como ser racional e emocional, que se propõe uma análise do uso de práticas sistêmicas pelo Poder Judiciário.

O atual sistema de justiça das famílias brasileiras é marcado pela imposição judicial sobre as questões mais íntimas e profundas dos indivíduos, sem que haja grande margem ou estímulo a soluções consensuais atingidas pelas próprias partes. A realidade prática desse sistema é que, ainda que se tenha uma sentença, as pretensões das partes não são satisfeitas e o conflito instaurado não é efetivamente solucionado.

Diante das críticas ao atual sistema, surgiram diversas propostas de novos meios de solução dos conflitos na esfera familiar, dentre as quais se destaca o chamado Direito Sistêmico. Trata-se de uma nova abordagem do conflito por meio da aplicação de técnicas terapêuticas nas partes, bem como de uma mudança de postura dos operadores do Direito, que passam a atuar com base nesses conhecimentos terapêuticos.

Os defensores das práticas sistêmicas demonstram que, ao atribuir às partes um importante papel no reestabelecimento da justiça, o Direito Sistêmico possibilita uma atuação mais humanizada do Judiciário e, ao atuar mediante conhecimentos e técnicas terapêuticas, permite que o Direito se aproxime da dimensão emocional dos seres humanos.

Dessa forma, considerando os limites e as possibilidades do atual sistema de solução de conflitos no âmbito familiar, a presente pesquisa tem como problema central investigar a seguinte questão: o direito sistêmico, analisado sob a ótica da

natureza humana no pensamento filosófico clássico, é um meio adequado de solução dos conflitos no âmbito familiar?

A importância do presente trabalho está ligada à sua contribuição para que as críticas ao sistema deixem de ser apenas críticas e passem a apontar as soluções adequadas e os parâmetros éticos e morais que se devem seguir para a construção de uma sociedade efetivamente mais justa e humanizada.

Para tal, esta pesquisa se divide em quatro capítulos. No primeiro, foram apresentadas noções básicas e essenciais acerca do Direito das Famílias, tais como o conceito e a finalidade de família, os principais princípios norteadores do ramo e alguns institutos jurídicos mais presentes nas relações decorrentes da filiação.

No capítulo seguinte, foi examinado o atual proceder do Poder Judiciário nas demandas familiares envolvendo pais e filhos. Para tanto, foi realizada uma avaliação acerca da eficácia dos mecanismos processuais utilizados na resolução de conflitos, bem como da efetividade da justiça assegurada às famílias do ponto de vista axiológico do Direito.

No terceiro capítulo, para ponderar acerca do atual proceder judiciário, foi feito um estudo acerca da natureza humana no pensamento clássico, buscando determinar os fatores que influenciam o comportamento humano. A partir da compreensão dos elementos que irão influenciar a conduta e a ação humana, foi possível refletir acerca da abordagem jurídica mais adequada na solução de conflitos de natureza familiar.

Por fim, tratou-se do Direito Sistêmico, apresentando seu conceito, sua origem e seus meios de atuação, a fim de verificar a compatibilidade da terapia sistêmica com a atuação jurídica. Em tal momento, também foi estudada a aplicação de práticas sistêmicas em algumas demandas de natureza específica.

Metodologicamente, o estudo tomou como ponto central de análise a solução de conflitos familiares sob a ótica do afeto e da natureza humana por meio do método dedutivo. Dentre as estratégias de ação para o desenvolvimento do trabalho, a pesquisa bibliográfica qualitativa e a participação da orientadora foram fundamentais, tanto no processo de seleção do material bibliográfico a ser investigado de forma sistemática como na discussão e no aprofundamento dos resultados obtidos.

É por meio dessa análise que se revelou que a ideia do Direito Sistêmico incorpora em seu conceito e sua prática toda uma validação histórica e filosófica. Também ficou demonstrado que as práticas sistêmicas surgem como auxiliares da justiça e do Estado, contribuindo com a harmonização das partes e potencializando a

utilização de técnicas consensuais de solução de conflitos como a mediação e a conciliação.

A prática sistêmica oportuniza às partes solucionarem o conflito instaurado com maior efetividade, atrelada ao desenvolvimento de uma consciência familiar mais pacífica, cumprindo, portanto, um papel humanizador e se revelando como um meio eficaz na promoção do justo e no fortalecimento da comunidade.

1 NOÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito das Famílias é o ramo do Direito Civil que estuda as relações familiares, estabelecendo as normas que regulam desde a constituição da família até os direitos e os deveres decorrentes das relações dessa natureza. Por tratar de questões envolvendo a esfera mais íntima e privada dos indivíduos, essa área da ciência jurídica apresenta diversas peculiaridades e exige uma atuação especial dos operadores do Direito, bem como dos legisladores que buscam normatizar as relações familiares.

O direito das famílias é o mais humano de todos os direitos. Acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa, insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir sua dignidade. Também regula seus laços amorosos para além da relação familiar.¹

Os desafios enfrentados pelos juristas começam com o próprio conceito de família. A Constituição Federal², em seu artigo 226, dispõe que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Para Caio Pereira³, “[...] tudo que representa a família é universalmente considerada a ‘célula social por excelência’, conceito que, de tanto se repetir, não se lhe aponta mais a autoria”.

Portanto, a entidade familiar é, antes de tudo, a célula base da sociedade, a unidade social mínima, visto que é nela que a pessoa nasce, cresce e forma seu caráter, suas crenças e seus valores. A primeira interação social do indivíduo ocorre na família. Consequentemente, a formação adquirida no seio familiar tem grande relevância no comportamento que o indivíduo manifesta na vida em comunidade.

No mesmo artigo já citado, a Carta Magna elenca como entidades familiares aquelas que decorrem do casamento, da união estável entre homem e mulher e da comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, ou seja, das chamadas famílias monoparentais. Contudo, esse rol apresentado pela Constituição Federal está longe de representar a diversidade das famílias existentes no país.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 62.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

³ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 25.

Sílvio Venosa⁴ afirma que, “[...] entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos.” Isso porque as formas de famílias foram ampliadas devido a fatores de diversas naturezas, os quais envolvem desde avanços científicos que viabilizaram uma nova forma de concepção por meio das inseminações artificiais a mudanças sociais e culturais que promoveram, por exemplo, o surgimento das famílias reconstruídas, formadas por descendentes frutos de outros relacionamentos que passam a viver no mesmo lar com os novos companheiros ou cônjuges dos pais biológicos.

Além disso, “[...] a família não tem suas normas somente no Direito. Como organismo ético e social, vai hauri-las também na religião, na moral, nos costumes”⁵. Assim, o conceito de família é dinâmico e, por essa razão, ficou a cargo do Poder Judiciário conferir interpretações extensivas ao rol de famílias expressamente elencadas na Constituição Federal de 1988, bem como definir as consequências jurídicas decorrentes dessas novas formas de relações familiares.

A título de exemplo, citam-se o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares⁶ e o reconhecimento da possibilidade de vínculo de filiação concomitante⁷, que a doutrina denominou de pluriparentalidade ou multiparentalidade, sendo ambos entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, para cada nova forma de família, surgem desafios quanto à interpretação e à aplicação dos institutos jurídicos do Direito de Família que precisam ser atualizados para contemplarem a nova entidade familiar. “As ‘uniões livres’, nas suas diversas modalidades e, após 1988, a ‘união estável’ se apresentam como novo âmbito de proteção jurídica da família.”⁸

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 4.

⁵ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 25.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF**. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011, Dje n.º 198. Divulgação 13 de outubro de 2011. Publicação 14 de outubro de 2011. Ementário n.º 2607-3. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em: 10 out. 2020

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC**. Repercussão Geral 622, Relator Luiz Fux, Brasília, 24 de agosto de 2017, Dje n.º 187. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 5 out. 2017.

⁸ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 38.

Sílvia Venosa⁹ também ressalta pontos que geram a necessidade de atualização do Direito de Família:

Novos temas estão hoje a desafiar o legislador, como as várias modalidades de famílias, as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas etc. A ciência evolui com rapidez e por saltos e hoje se esperam respostas mais rápidas do Direito, o que não ocorria no passado, quando as alterações eram quase exclusivamente de ordem sociológica, e, portanto, gradativas.

Uma crítica comum por grande parte da doutrina familista é a de que o Código Civil de 2002 não logrou êxito em acompanhar as novas tendências, já nascendo, de certo modo, superado. Sílvia Venosa¹⁰ alega, por exemplo, que faltou uma atualização no tocante às famílias reconstituídas que já eram largamente presentes na sociedade.

Da mesma forma, a proteção do Estado deve ser dirigida às famílias reconstituídas, que com frequência abrangem filhos de duas estirpes, padrastos e madrastas, depois de uma nova união dos cônjuges. O Código Civil não traçou um desenho claro dessas famílias, cujas questões ficam a cargo dos tribunais que sempre devem ter em mira a afetividade e a dignidade da pessoa humana. Nosso direito não define as prerrogativas parentais dos padrastos, nem seu eventual dever alimentar ao enteado.¹¹

Rolf Madaleno¹² evidencia a falta de modernidade do Código ao deixar de regular as relações homoafetivas, que necessitaram de entendimento jurisprudencial para serem formalmente reconhecidas, quando a legislação poderia tê-lo feito.

Em razão dessa necessidade de adequação jurídica à realidade fática, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) elaborou o Estatuto das Famílias, por meio do Projeto de Lei n.º 2.285, de 2007. Da análise da proposta, que ainda se encontra em trâmite, constata-se que a doutrina majoritária defende uma clara mudança nos valores jurídicos que devem nortear o Direito das Famílias, conferindo maior importância ao cuidado, à solidariedade e ao afeto.

⁹ VENOSA, Sílvia de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 18.

¹⁰ *Ibidem*, p.10.

¹¹ *Ibidem*, p.10.

¹² MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3.

Foi justamente o reconhecimento do afeto como pilar do Direito de Família moderno que promoveu uma alteração na percepção da finalidade última das famílias. Também é o afeto o elemento que distancia a postura jurídica no Direito de Família daquela adotada em outros ramos.

Portanto, os operadores do Direito, sejam eles advogados, promotores, julgadores ou servidores, ao se depararem com um conflito em concreto, precisam ter em mente que a demanda jurídica familiar lida com relações que, apesar de produzirem efeitos jurídicos de natureza patrimonial, são primordialmente constituídas a partir do afeto. Para Caio Pereira¹³:

Os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico.

Desse modo, para que se possam analisar os mecanismos de solução de conflitos utilizados pela justiça brasileira no âmbito familiar, antes, faz-se necessária uma compreensão acerca da influência do afeto no Direito de Família, de outros princípios norteadores desse ramo, bem como de seus principais institutos jurídicos.

1.1A afetividade na família moderna como reflexo do princípio da dignidade humana

Grande parte da doutrina aborda o princípio da afetividade associado ao princípio da diversidade familiar, de modo que se pode dizer que a elevação do afeto a valor jurídico constituidor de relações familiares foi, em grande parte, responsável pela diversidade das entidades familiares na sociedade contemporânea. Isso porque o afeto altera a finalidade última da constituição e da preservação das famílias, gerando, assim, novas possibilidades de composições para essas entidades.

Trata-se de algo bastante recente, visto que, tradicionalmente, a finalidade da família estava mais associada a propósitos econômicos, religiosos ou relativos à

¹³ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil**: Direito de Família. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 34.

necessidade de procriação. Segundo Sílvio Venosa¹⁴, “[...] a célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães.”

Assim, apesar de ter uma estrutura aparentemente similar, formada por companheiros ou ascendentes e descendentes, sejam estes afins ou biológicos, o que de fato alterou o conceito de família e as consequências jurídicas dos relacionamentos familiares foi a mudança de paradigma no tocante à finalidade da constituição de uma família. Nesse mesmo sentido, ao tratar da família moderna, Caio Pereira¹⁵ diz que “[...] o centro de sua constituição se deslocou do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor”.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves¹⁶, a evolução histórica das famílias brasileiras é marcada por forte influência romana, canônica e germânica. As famílias romanas tinham finalidades religiosas, devido à importância do culto doméstico, e eram marcadas pela forte presença do *pater* poder.

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.¹⁷

Sobre as referidas famílias, Sílvio Venosa¹⁸ acentua que “[...] o afeto era incapaz de produzir efeitos jurídicos, é tão tal, que a filha nada poderia herdar de seu pai. A necessidade do filho homem era além de tudo espiritual, pois somente o filho homem poderia dar continuidade ao culto doméstico daquela linhagem.” Assim, por mais que existisse um afeto natural entre os membros de uma família, esse sentimento não produzia efeitos jurídicos, visto que prevaleciam os interesses econômicos e religiosos.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 6.

¹⁵ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 31.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6. p. 32.

¹⁷ *Ibidem*, p. 31.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 4.

O tema em que ainda era possível vislumbrar uma importância conferida ao afeto no Direito Romano era em matéria de casamento, visto que o divórcio seria permitido em razão do fim da convivência afetiva. Contudo, essa possibilidade foi, posteriormente, suprimida pelos canonistas que se opuseram ao divórcio, por ser o casamento um sacramento indissolúvel.¹⁹

Nos demais aspectos, a família regulada pelo Direito Canônico guardava muitas semelhanças com a família romana. Ao longo do período medieval, as famílias eram essenciais à economia da sociedade, constituindo verdadeiras unidades de produção, visto que o ofício era transmitido de geração em geração.

Em matéria legislativa, o Código Civil de 1916, que regulamentava as famílias, continha fortes traços das famílias canônicas e romanas. Foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o Direito das Famílias foi revolucionado e um diploma legal passou a reconhecer as mudanças históricas que ocorriam, em especial, na segunda metade do século XX.

A partir do texto constitucional de 1988, as relações familiares passaram a ser norteadas pelo princípio da dignidade humana, de modo que a finalidade da família passou a ser a de promover a dignidade do indivíduo por meio de aspectos não só materiais, mas também de condições para um desenvolvimento emocional.

Restou clara a intenção do constituinte em valorizar a dignidade humana e o afeto por intermédio de inúmeros dispositivos constitucionais que citam a convivência, a solidariedade e a promoção do bem-estar como deveres da família. Para Rolf Madaleno²⁰, “[...] a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional”.

Nesse mesmo sentido, Sílvio Venosa²¹ afirma:

O afeto, com ou sem vínculos biológicos, deve ser sempre o prisma mais amplo da família, longe da velha asfixia do sistema patriarcal do passado, sempre em prol da dignidade humana. Sabido é que os sistemas legais do passado não tinham compromisso com o afeto e com a felicidade.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6. p. 32.

²⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 48.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Família e Sucessões. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 9.

O princípio da dignidade humana altera, portanto, os parâmetros de atuação do Estado em matéria familiar. O Direito Material de Família deixa de focar em questões patrimoniais e se volta para os sentimentos íntimos e profundos dos indivíduos. Os cidadãos passam a ter, constitucionalmente assegurados, não só os direitos à vida, à saúde, à moradia e à educação, mas também o direito de realização pessoal. Nesse sentido, Maria Berenice Dias realça também a importância do direito à felicidade:

O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo.²²

Assim, a nova finalidade da entidade familiar, qual seja, promover a realização pessoal, a felicidade e o desenvolvimento das capacidades de seus integrantes, acaba por gerar o que Rolf Madaleno²³ tratou como uma “despatrimonialização” do Direito de Família.

Isso é uma consequência do fim da família patriarcal que visava somente uma instituição com fins econômicos e institucionais, que não olhava para o afeto. O movimento é um caminhar no sentido da despatrimonialização do direito de família, focando na concretização dos direitos fundamentais e não dos direitos econômicos.

[...]

A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado.²⁴

Interessa reiterar que essa “despatrimonialização” do Direito das Famílias está ligada à finalidade da entidade familiar, e não aos efeitos jurídicos produzidos. Assim, essa tendência não acarreta a ausência de efeitos jurídicos patrimoniais em decorrência de relações familiares, mesmo porque a assistência material é também essencial à dignidade humana. Portanto, as relações familiares continuaram a gerar

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52.

²³ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 43-44.

²⁴ *Ibidem*.

direitos e deveres de natureza patrimonial, mas houve uma mudança de paradigma quanto à finalidade e aos objetivos da família.

Pois bem, dentre as mudanças expressas trazidas pela Carta Magna, destacam-se a igualdade jurídica de filiação independente da origem, o reconhecimento das uniões estáveis, a igualdade de tratamento entre os cônjuges, a liberdade de planejamento familiar, a menção a uma paternidade responsável e outras, como dispositivos enaltecadores do afeto nas relações familiares.

A igualdade de filiação põe fim a qualquer diferenciação jurídica entre filhos concebidos dentro do casamento ou fora dele, bem como entre filhos biológicos ou adotivos. Enquanto a filiação natural decorre de relações biológicas, a adoção representa uma filiação jurídica decorrente de uma relação afetiva. Assim, a relação originada pelo afeto tem igual valor àquela decorrente de fatores genéticos.

Para Caio Pereira²⁵:

Nova estrutura jurídica se constrói em torno do conceito da família socioafetiva, a qual alguns autores identificam como “família sociológica”, onde se identificam, sobretudo, os laços afetivos, solidariedade entre os membros que a compõem, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que independe de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles. Assim é que se tem, hoje, considerado a relação afetiva estabelecida entre os membros da família, podendo, muitas vezes, haver a priorização deste vínculo em detrimento do fator puramente biológico.

Equiparar os vínculos biológicos aos afetivos produz inúmeras consequências jurídicas, dentre as quais se cita a possibilidade de pleitear alimentos dos pais afetivos. Essa foi a determinação do Enunciado 341, da IV Jornada de Direito Civil, que estabeleceu a relação socioafetiva como elemento gerador de obrigação alimentar. Esse também tem sido o entendimento jurisprudencial e doutrinário.

O Direito de Família Contemporâneo, de forma inequívoca, vem sofrendo uma mudança de paradigma no que se refere às relações familiares. Se antes os vínculos biológicos eram privilegiados sob diversos aspectos, hoje se observa a valorização dos vínculos afetivos, com o reconhecimento da paternidade socioafetiva, apta a gerar direitos e deveres jurídicos. Quando se fala em obrigação alimentar dos pais sempre se pensa no pai registral, que, no entanto, nem sempre se identifica com o pai biológico. Como vem, cada vez mais, sendo prestigiada a filiação socioafetiva – que, inclusive,

²⁵ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 25.

prevalece sobre o vínculo jurídico e o genético –, essa mudança também se reflete no dever de prestar alimentos. Assim, deve alimentos quem desempenha as funções parentais.²⁶

O reconhecimento das uniões estáveis e a liberdade no planejamento familiar são reflexos da autonomia privada e da liberdade que devem prevalecer nos vínculos familiares. E novamente se confere ao afeto papel de relevo, visto que a decisão de se casar ou procriar, dentre outras, decorre da vontade das partes, não podendo ser imposta pelo Estado e não mais guardando finalidades econômicas ou religiosas.

Já a igualdade de tratamento entre os cônjuges promove uma alteração legal do papel da mulher na família – essa análise será aprofundada no estudo do princípio da igualdade. A previsão constitucional de igualdade confere às mulheres, no âmbito familiar, direitos de ordem moral e emocional que, por muitos anos, foram suprimidos.

Para Carlos Roberto Gonçalves²⁷, a igualdade de tratamento de gênero prevista pela Constituição Federal inaugura o “[...] princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes, como prevê o art. 1.511 do Código Civil. Tal dispositivo tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir. Demonstra a intenção do legislador de torná-lo mais humano”.

Por fim, destaca-se a expressão “paternidade responsável”, utilizada no texto constitucional. Ela pressupõe uma atuação dos pais que assegure à prole a dignidade e as condições que atendam ao melhor interesse da criança, interpretado à luz de toda a Carta Magna. Não se resume a uma atuação material dos pais, exigindo, portanto, um suporte afetivo, emocional, moral e psíquico aos descendentes.

Importa destacar que, além das alterações expressamente trazidas pelo texto constitucional, o Poder Judiciário tem realizado interpretações extensivas conferindo cada vez mais atenção jurídica às relações socioafetivas. As famílias reconstituídas são um exemplo claro dessa atuação. Tornaram-se comuns as famílias formadas a partir de novos matrimônios ou uniões, em que os cônjuges ou companheiros trazem para essa entidade familiar filhos que são frutos de relações anteriores.

²⁶ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil**: Direito de Família. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 270.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6. p. 24.

Nesta convivência familiar todos trazem experiências anteriores e se veem diante do desafio de criar novos espaços de afetividade. Esta renovada relação de parentesco por afinidade assume, muitas vezes, as funções e cuidados próprios da família biológica, sobretudo em razão da morte ou da separação conjugal. Os genitores afins, quase sempre participam do processo de socialização, do sustento material e educação. Neste núcleo familiar, o diálogo, o afeto e a solidariedade podem ajudar nos conflitos que se apresentam diversificados em cada configuração familiar.²⁸

Pois bem, também se tornou comum o fato de os novos companheiros ou cônjuges dos pais passarem a desempenhar funções próprias da maternidade ou da paternidade e, assim, tornarem-se pais socioafetivos. Contudo, não era possível conferir efeitos jurídicos a essas relações, visto que não era permitido o vínculo de filiação concomitante (biológico e socioafetivo).

Foi somente com o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 898.060, com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal²⁹, que passou a ser reconhecida a possibilidade de pluriparentalidade ou multiparentalidade, que seria exatamente a possibilidade de possuir mais de um pai ou mãe constantes no registro de filiação. Esse julgamento ensejou também os provimentos de números 63 e 68 do Conselho Nacional de Justiça, os quais passaram a regulamentar a matéria e prever a possibilidade de registros de filiação concomitante de maneira extrajudicial.

Nesse mesmo julgamento, o STF deixou claro o entendimento de que não há hierarquia entre a filiação biológica e a afetiva, de forma que devem ser reconhecidos ambos os vínculos quando isso representar o melhor interesse para a prole. Nos casos de multiparentalidade, é o afeto que prevalece quando da análise da possibilidade de seu reconhecimento legal, visto que será averiguada a existência de um vínculo socioafetivo real para autorização do registro concomitante.

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os

²⁸ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil**: Direito de Família. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 34.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060/SC**. Repercussão Geral 622, Relator Luiz Fux, Brasília, 24 de agosto de 2017, Dje nº 187. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 5 out. 2017.

envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana.³⁰

O afeto tende a produzir ainda mais efeitos jurídicos, de modo que a postura legislativa e jurisprudencial deve ser cada vez mais pautada nos aspectos emocionais que envolvem as questões familiares, de maneira que a visão política, econômica ou religiosa da família cede espaço para a concepção de família como lugar de afeto, amor e realização.

As condições familiares dos indivíduos irão refletir na sociedade como um todo, pois tudo começa na família, sendo ela a unidade mínima social de toda civilização. Um Direito de Família que eleva o afeto a constituidor de relações e efeitos jurídicos permite concluir que a harmonia familiar é tida como essencial aos indivíduos. Por tal razão é que a solução eficaz dos conflitos instaurados dentro do núcleo familiar é de extrema importância.

Permitir que o indivíduo – em especial, a criança e o adolescente – cresça e se desenvolva em um ambiente marcado pela hostilidade, pelo conflito e pela ausência de paz, além de configurar violação direta à dignidade humana, traz consequências sociais, visto que o comportamento desse sujeito na vida em comunidade poderá ser um reflexo dos comportamentos observados no seio familiar.

Assim, o ordenamento não só pode como deve buscar novas ferramentas e mecanismos que auxiliem os julgadores a proferirem decisões que, de fato, solucionem os conflitos, a fim de garantir essa harmonia familiar. Para tal, é preciso que o proceder jurídico no litígio familiar esteja alinhado às mudanças do Direito de Família, concedendo a devida atenção aos aspectos afetivos dessas relações.

1.2 Outros princípios: igualdade, solidariedade e melhor interesse da criança

Diante das constantes transformações sociais e históricas que provocam uma necessidade de atualização dos instrumentos normativos vigentes os quais regulam as famílias, os princípios do Direito de Família se apresentam como importante meio de modernização do Direito e asseguram a validação jurídica das novas relações que surgem no âmbito familiar.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 409.

E no Direito de Família é de substancial importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus membros, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar. Consequência natural de concretização da nova diretriz constitucional que personaliza as relações surgidas do contexto familiar está em assegurar não apenas a imediata eficácia da norma constitucional, mas, sobretudo a sua efetividade social, questionando se realmente os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos.³¹

Além dos princípios da diversidade familiar e da afetividade, existem alguns outros que passaram a ganhar relevo nessa perspectiva do Direito das Famílias orientado, primordialmente, pelo princípio da dignidade humana e que possuem maior incidência em se tratando de relações jurídicas entre pais e filhos, foco do presente trabalho.

Inicia-se esta exposição, portanto, com o princípio da igualdade, que apresenta inúmeros desdobramentos no Direito de Família. A Constituição Federal de 1988 afirmou expressamente a igualdade entre os cônjuges perante a família, o que pôs fim, no plano legal, à superioridade do homem e à subordinação da mulher que prevaleciam no ordenamento jurídico brasileiro até então.

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.³²

É bem verdade que, na prática, ainda existem muitos reflexos da antiga tradição de desigualdade entre gêneros, o que se revela pelo alto índice de violência doméstica e pelo predomínio de mulheres gerenciando a economia domiciliar enquanto os homens ficam encarregados dos grandes investimentos e das decisões de maior relevância para a família.

³¹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 47.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5. p. 23.

Diante disso, no plano dos fatos, esse princípio ainda demanda uma maior efetividade, que só será possível por meio da transformação da mentalidade social a respeito do papel da mulher na sociedade, no mercado de trabalho e na família. Contudo, não se podem desmerecer as conquistas já alcançadas. No contexto familiar, as simples possibilidades de divórcio, de novo matrimônio, de formar uma família reconstruída, dentre outras, são reflexos desses avanços.

Conferir à mulher posição de igualdade perante a família também reforça os deveres do homem para com o lar e os filhos, o que criou uma maior aproximação afetiva entre o pai e a prole, em contrapartida à velha postura autoritária do patriarca.

Do ponto de vista paterno, a aplicação do princípio da igualdade em situações envolvendo pais e filhos também revela uma ampliação do reconhecimento dos direitos de pai. É possível afirmar que a crescente defesa da guarda compartilhada dos filhos desconstrói a ideia tradicional de que os filhos deveriam sempre ficar com a mãe, visão que, por muitos anos, desprestigiou o valor do vínculo entre pai e filho. Do mesmo modo, o reconhecimento de paternidade é não só um dever do genitor, como também um direito dele, podendo a genitora ser responsabilizada por ocultar a existência da prole do pai.

Importa ressaltar que o princípio da igualdade não se aplica somente no âmbito da igualdade de gêneros, mas também no que diz respeito aos direitos dos idosos e à filiação. No tocante aos idosos, alguns doutrinadores como Rolf Madaleno³³ questionam as restrições impostas na escolha do regime de bens em casamento de pessoa acima de 70 anos, apontando que se trata de mitigação do princípio da igualdade.

Já quanto à filiação, como já exposto, a Constituição Federal 1988 encerrou a ultrapassada noção de filiação legítima ou ilegítima presente no Código Civil de 1916, que diferenciava os filhos em razão de serem ou não frutos do matrimônio. Desse modo, os direitos dos filhos independem da origem da filiação.

Outro princípio que merece destaque é o dever de solidariedade do qual decorrem muitas disposições legais, tais como a obrigação de alimentar como forma de assistência material devida entre pessoas de uma mesma família. Contudo, a solidariedade não se resume a isso. “A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se

³³ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.”³⁴

Conforme mencionado anteriormente, o Direito de Família vem passando por um processo de “despatrimonialização”, de modo que o bem-estar do indivíduo pressupõe não só os recursos financeiros que possui a sua disposição, mas também as condições emocionais e espirituais em que vive. O que se almeja para as famílias do século XXI são ambientes familiares seguros, acolhedores e afetuosos. Para Caio Pereira (2019, p. 64):

No plano fático, as pessoas convivem no âmbito familiar, não por submissão a um poder incontável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil de 2002, o que significa que se alcançou a dimensão ideal da solidariedade, impondo pugnar-se por avanços legislativos. O princípio da solidariedade familiar também implica respeito e considerações mútuos em relação aos membros da família pelo que, definitivamente, constitui princípio norteador do Direito de Família contemporâneo.

A solidariedade é elemento intrínseco às relações constituídas pelo afeto e conduz ao entendimento de que os membros de uma família devem estar constantemente prestando apoio uns aos outros, seja esse de natureza material, espiritual ou emocional. Para que cumpra sua função social, a família deve oferecer as condições necessárias para que o indivíduo se sinta amparado e estimulado a alcançar um desenvolvimento pessoal.

Da leitura do art. 227 da Constituição Federal de 1988³⁵, extrai-se o entendimento de que há um dever de solidariedade da família para com a prole e de que esse não se resume a aspectos materiais. No que diz respeito à solidariedade para com as crianças e os adolescentes, esse princípio é ainda mais relevante. Isso porque tais indivíduos serão sempre parte hipossuficiente nas relações jurídicas, merecendo proteção não só da família, mas do Estado e de toda a sociedade.

³⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 94.

³⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Igualmente decorrente do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o princípio do melhor interesse da criança ou da proteção da prole traduz a ideia de que os interesses das crianças e dos adolescentes possuem maior peso, por serem tais sujeitos incapazes de defenderem seus próprios direitos. O reconhecimento da hipossuficiência dos menores também encontra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que prevê uma série de direitos que devem ser assegurados a eles.

Sobre o melhor interesse da prole, Caio Pereira³⁶ indica que

A Jurisprudência tem utilizado o melhor interesse como princípio norteador, sobretudo em questões que envolvem: adoção, priorizando os laços afetivos entre a criança e os postulantes; competência, entendendo que a apreciação das lides deve ocorrer no local onde os interesses do menor estejam melhor protegidos, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas; guarda e direito de visitação, a partir da premissa de que não se discute o direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sobretudo o direito da criança a uma estrutura familiar que lhe dê segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado; e alimentos, buscando soluções que não se resultem prejudiciais à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. Entretanto, não se pode ignorar o aspecto de relatividade e subjetividade deste princípio que se justifica por admitir variações culturais, sociais, axiológicas etc., autorizando sua definição no caso concreto.

Entende-se, portanto, que as soluções de conflitos ou questões envolvendo menores devem sempre buscar a solução que melhor atenda à criança, ainda que essa solução não represente o interesse dos pais ou aquilo que esses julgam ser o ideal. Para isso, é essencial que os litígios familiares envolvendo a prole sejam solucionados de modo coerente com os princípios de Direito de Família e que as ferramentas utilizadas pelo Poder Judiciário possibilitem a concretização da dignidade humana, da afetividade, da solidariedade, da igualdade e do melhor interesse da criança.

1.3 Natureza jurídica do Direito de Família: princípios da autonomia da vontade e da liberdade

³⁶ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 69.

Dois dos princípios vetores do Direito de Família são os da autonomia da vontade e da liberdade. Isso porque se trata de um ramo do Direito Privado. Ambos os princípios trazem a ideia do livre arbítrio dos indivíduos quanto à constituição de suas famílias, de modo que as pessoas são livres, por exemplo, para decidirem se casar, permanecer solteiros ou formar uma união estável.

Também há liberdade para decidir por ter ou não descendentes biológicos ou afetivos. Já quanto à escolha do regime de bens, na maioria dos casos, segue-se a lógica da livre escolha. Contudo, em casos específicos, como o casamento de idoso de mais de 70 anos, o legislador impôs restrições a essa escolha.

São imposições como essas que fomentam o posicionamento minoritário de que o Direito de Família seria ramo do Direito Público, mas os que defendem o contrário alegam que as intervenções e as imposições estatais ocorrem como forma de o Estado assegurar que as famílias tenham as condições necessárias de cumprirem as suas funções sociais. Para Carlos Roberto Gonçalves³⁷,

Já foi dito que a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”. É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvem relações familiares.

Sílvio Venosa também aponta para o poder-dever do Estado de assegurar as famílias, mas o autor faz uma ressalva no sentido de que a intervenção estatal é condicionada à proteção da família, e jamais a uma violação da autonomia privada. Senão, veja-se:

Não pode também o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula mater, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí porque a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada.³⁸

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6. p. 25-26.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Família e Sucessões. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 13.

Na mesma linha dessa visão do Estado como protetor das famílias estão os enunciados de alguns dispositivos constitucionais, como os artigos 205³⁹ e 226, § 8º⁴⁰.

É possível perceber a crescente tendência a uma menor interferência do Estado nos arranjos familiares e na liberdade das famílias, como aponta Rolf Madaleno⁴¹, ao mencionar a possibilidade de separação e divórcio extrajudicial em alguns casos. Contudo, ainda há muito o que avançar nesse sentido, a fim de garantir, de fato, maior autonomia às famílias. Não se faz referência aqui somente a uma liberdade conferida no âmbito legislativo, mas também em relação a conflitos concretos em que o Poder Judiciário é chamado a atuar.

Rolf Madaleno⁴² afirma que “[...] a autonomia privada se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana e não fica apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais”.

No tocante ao atual proceder judiciário na solução de conflitos na esfera familiar, observa-se que o Estado é detentor do poder-dever de decidir pela melhor solução no caso concreto, sem conferir o devido prestígio às partes envolvidas. O que se verifica é que, quando as partes são estimuladas ao consenso por técnicas hábeis e apropriadas, tornam-se plenamente capazes de decidir sobre suas próprias questões íntimas.

Não se pode negar que, agindo conscientemente, os próprios integrantes da família possuem melhores condições de decidir acertadamente sobre seus problemas do que o juiz, que, apesar de ser especialista na lei, não possui conhecimentos aprofundados sobre a realidade social, cultural e psicológica de cada família. O que dificulta essa participação mais direta das partes é uma falta de atuação judiciária que efetivamente promova uma intenção pacificadora entre os litigantes.

A mediação e a conciliação são mecanismos processuais que apresentam bons resultados na transformação da postura adversarial em postura consensual e, agindo desse modo, permitem que as partes definam seu destino, garantindo a autonomia da

³⁹ 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.

⁴⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁴¹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 92.

⁴² *Ibidem*.

vontade e a liberdade no Direito de Família. Por tal razão, essas técnicas devem ser incentivadas sempre que cabíveis no caso concreto.

Assim, é importante que o Poder Judiciário fortaleça o estímulo à autocomposição dos conflitos. E o presente estudo revelará alguns instrumentos que podem auxiliar esse processo, concretizando, cada vez mais, os princípios da autonomia e da liberdade na justiça familiar.

1.4 Alguns institutos do Direito de Família

Caio Pereira⁴³ elenca, como objeto de estudo do Direito de Família, as relações pessoais, patrimoniais e assistenciais entre cônjuges, ascendentes e descendentes, parentes colaterais, tutores e pupilos e interdito e curador. Como principais institutos do Direito de Família, aponta o casamento, a filiação, o poder familiar, a tutela, a curatela, os alimentos e a ausência.

Tendo em vista que o foco do presente trabalho é analisar os mecanismos e os instrumentos processuais aplicáveis pelo Poder Judiciário na resolução de conflitos familiares que envolvam pais e filhos, neste tópico serão abordados os institutos jurídicos mais relevantes para as relações de paternidade/maternidade, quais sejam: filiação, poder familiar e alimentos.

1.4.1 Filiação

A filiação representa a origem da relação jurídica entre pais e filhos. É por meio desse instituto que o reconhecimento da relação de maternidade ou paternidade é formalizado e é a partir dele que nasce uma série de direitos e deveres. “Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar.”⁴⁴

⁴³ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil**: Direito de Família. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 37.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Família e Sucessões. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 253.

A presunção de filiação e a possibilidade de reconhecimento passaram por grandes transformações ao longo dos anos. A previsão legal de presunção de paternidade para prole concebida na constância do casamento perdeu relevância, com o surgimento dos confiáveis testes de DNA. A presunção de maternidade, que, por sua vez, era sempre baseada em sinais externos e aparentes, agora precisa de outras formas de comprovação, em razão das novas formas de geração possibilitadas pelas técnicas de reprodução assistida.

Além disso, o ordenamento jurídico vigente e a jurisprudência pátria reconhecem a filiação socioafetiva e não estabelecem hierarquia ou diferenciação entre filiação biológica e socioafetiva. Diante de tantas mudanças, o conceito de filiação, atualmente, abarca diversas possibilidades, podendo o reconhecimento de paternidade ou maternidade ser decorrente de uma relação biológica, de uma reprodução assistida ou de relações socioafetivas, não importando se a prole é ou não fruto do matrimônio.

Conforme se extrai dos princípios do Direito de Família, o ordenamento jurídico confere especial proteção às crianças e aos adolescentes, de modo que o reconhecimento de filiação é não só um direito dos pais, mas, mais ainda, um dever deles para com os filhos.

A absoluta impossibilidade do ser humano de sobreviver de modo autônomo – eis que necessita de cuidados especiais por longo período – faz surgir um elo de dependência a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e o pleno desenvolvimento. Daí a imprescindibilidade da família, que acaba se tornando seu ponto de identificação social.⁴⁵

Quando analisado sob a perspectiva da prole, trata-se de um direito fundamental a ser assegurado. É o direito de origem, de conhecer e de conviver com a família e possui tamanha importância para o indivíduo que os tribunais brasileiros vêm reconhecendo a responsabilização civil com a condenação em danos morais em favor do filho nos casos em que algum dos pais deixa de reconhecer a paternidade ou a maternidade.

Importa mencionar que a doutrina e a jurisprudência são firmes em responsabilizar não só os pais que se negam a reconhecer o filho, mas, também, a

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 388.

genitora que omite a paternidade, impedindo que haja o devido registro de filiação. Quanto à matéria, Rolf Madaleno⁴⁶ afirma:

O cerceamento ao conhecimento da identidade do filho, causado pela atitude omissiva materna que responde ao descaso do parceiro, assumindo isolada e unilateralmente a filiação, por mais nobre possa parecer esse seu gesto, e essa sua rebeldia à indiferença do ex-parceiro, sempre causará um dano irreversível ao filho que crescerá privado de exercer os direitos e atributos derivados do seu completo estado familiar, não havendo como desconsiderar o ato omissivo da genitora, ao sonegar imotivadamente as informações para o estabelecimento do estado de filiação da verificação oficiosa da paternidade, e por também não representar o filho em ação de investigação, podendo incorrer em responsabilidade civil pelos danos causados ao filho de forma consciente e deliberada, não importando tenha assim agido por orgulho, por ter um projeto unilateral de perfilhação ou por autoestima fragilizada, e assim deve ser porque tinha ciência do mal maior que sua omissão causaria ao indefeso dependente.

Esse posicionamento se justifica, visto que impedir o registro de filiação, além de negar ao filho o direito de conhecer a sua própria origem, retira dele a possibilidade de receber assistência material, emocional e espiritual do outro genitor. Quanto ao pai excluído, esse é impossibilitado de exercer o poder familiar, deixando de contribuir com a criação, a formação e o desenvolvimento do próprio filho cuja existência era desconhecida. Desse modo, essa omissão pode gerar prejuízos a todos os envolvidos e é desestimulada pelo Direito.

A filiação não é inalterável, podendo sofrer modificação, novo reconhecimento ou mesmo negação. A depender de cada caso em concreto, o reconhecimento de filiação poderá exigir uma manifestação judicial ou ser realizado de maneira extrajudicial. Quando a via judicial se faz necessária, por se tratar de direito de personalidade, o meio adequado é mediante a propositura de uma ação de estado.

Contudo, o ordenamento vigente tem caminhado no sentido de desburocratizar o processo de reconhecimento de filiação, de modo que, atualmente, já é possível haver o registro extrajudicial, inclusive de filiação concomitante, desde que preenchidos os requisitos dos provimentos de números 63 e 83 do Conselho Nacional de Justiça. Os referidos instrumentos normativos promoveram uma maior facilidade para as famílias reconstituídas, em que há a concomitância de filiação biológica e

⁴⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 382.

socioafetiva, bem como para as famílias homoafetivas, em que a prole possui dois pais ou duas mães, também gerando uma concomitância de filiação.

Assim, vislumbra-se que a filiação não mais se restringe a vínculos biológicos e, nesse sentido, acompanha a tendência de valorização da afetividade pelo Direito de Família. A filiação é o ponto de partida para a determinação dos principais responsáveis pela proteção da criança e do adolescente no seio familiar. Tem-se, portanto, que o instituto da filiação constitui os titulares do poder familiar, que, por sua vez, é um dos institutos jurídicos mais relevantes na relação de paternidade e maternidade.

1.4.2 Poder familiar

Não diferindo dos demais conceitos e institutos jurídicos que fazem parte do Direito de Família, o poder familiar também sofreu modificações ao longo do tempo. Isso porque o modo que o poder familiar era tradicionalmente exercido possuía traços semelhantes ao pater poder existente no Direito Romano.

A responsabilidade do Estado e da família para com o bem-estar e o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, a valorização do afeto e a luta pela igualdade de gênero, dentre outros fatores, transformaram o poder incontestável do chefe de família em uma autoridade parental que não mais representa um direito sobre o destino dos filhos e da esposa, mas, sim, um dever de assegurar a esses as melhores condições possíveis. O autoritarismo foi substituído pelo estímulo à proteção, à compreensão e ao diálogo entre os membros de uma família.

Sobre o poder familiar, Sílvio Venosa⁴⁷ afirma que “[...] o exercício desse poder pressupõe o cuidado do pai e da mãe em relação aos filhos, o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a condição e fortuna da família.” A expressão “paternidade responsável” introduzida pelo texto constitucional também afasta o poder familiar de uma conotação autoritária e o aproxima de um dever para com os filhos.

Não há mais uma liberdade absoluta do pai em agir de maneira discricionária em relação aos filhos. O Estado, apesar de reconhecer a importância dos pais e os direitos deles quanto à criação e à convivência com os filhos, também impõe limites à autoridade parental. Os pais têm o dever de prover pelos filhos, de assegurar a estes

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 344.

as melhores condições de vida e de desenvolvimento. A relevância conferida à afetividade é perceptível ao passo que o bem-estar da prole não se restringe a recursos materiais, já que os pais têm também o dever de assegurar que o crescimento dos filhos se dará em ambiente seguro, afetivo e que ofereça uma estabilidade emocional e psíquica.

Dentre as inúmeras normas que contribuíram para a desconstrução do antigo *pater* poder, cabe destacar o artigo 226, §5º e §7º, da Constituição Federal de 1988, que equiparou os direitos e os deveres do homem e da mulher e atribuiu a gestão familiar a ambos os cônjuges, sem que houvesse hierarquia entre eles. Quanto aos deveres dos pais na criação dos filhos, o artigo 227 do mesmo diploma confere às crianças e aos adolescentes uma posição de vulnerabilidade e atribui ao Estado e à família diversos deveres.

Pois bem, quando os pais são cônjuges ou companheiros, o poder familiar é mais facilmente exercido por ambos. Contudo, nos casos de prole de pais que vivem separados, o poder familiar de um dos pais pode acabar sofrendo restrições em razão da guarda, a qual confere ao guardião alguns aspectos do pátrio poder, mas não o suprime ou acarreta a sua perda. Assim, mesmo que a guarda seja conferida de maneira unilateral a um dos pais, a titularidade do poder familiar segue sendo de ambos.

De modo inverso, é possível que alguém tenha a guarda de uma criança sem, contudo, ter o poder familiar. Essa situação tem se tornado cada vez mais comum em razão das famílias reconstruídas, em que o padrasto ou a madrasta detém a guarda dos menores em razão de viverem no mesmo lar. Contudo, por não terem relação de maternidade ou paternidade, não são titulares do poder familiar.

Pois bem, quando ocorrem conflitos em torno da definição da guarda de menores, a decisão dos magistrados deve ser guiada pelo princípio do melhor interesse da prole. Contudo, esse princípio é vago, o que acaba por permitir grande discricionariedade aos magistrados. Por um lado, essa liberdade de interpretação é necessária, visto que cada demanda familiar se apresenta como situação complexa e com particularidades que impossibilitariam um conceito predefinido e geral do que seria o melhor interesse.

Por outro lado, delega-se a um especialista jurídico, ao juiz, a incumbência de decidir sobre questões que envolvem diversos saberes. Se o melhor interesse fosse resumido apenas a aspectos patrimoniais, talvez fosse possível uma análise objetiva

do magistrado, bastando definir qual dos pais possui maiores recursos ou quem seria capaz de assegurar uma vida financeiramente mais confortável ao menor.

Contudo, a “despatrimonialização” do Direito de Família coloca a capacidade financeira dos pais em segundo plano. A decisão do juiz precisa levar em conta a possibilidade dos pais de oferecer amparo emocional, moral e psíquico ao menor. A manifestação da prole quanto à guarda, o modo como os pais se relacionam com o filho e o grau de afetividade e intimidade são todos aspectos que devem ser considerados.

Comentando sobre o que dispõe o Código Civil sobre a definição de guarda, Sílvio Venosa⁴⁸ aponta que, “[...] como facilmente se percebe, essas melhores condições para manter a guarda do filho não residem exclusivamente na situação financeira ou econômica.” O entendimento do autor decorre do fato de estar expresso na legislação que o afeto, a saúde, a segurança e a educação são fatores que devem nortear a decisão.

Assim, o juiz, contando com equipes multidisciplinares que analisarão os casos concretos emitindo pareceres, irá formar o seu convencimento, determinando a modalidade e os termos da guarda em cada demanda, de modo que poderá optar pela guarda unilateral ou compartilhada dos menores envolvidos.

Quando a guarda unilateral é definida, “[...] o genitor detentor da guarda unilateral tem a obrigação de facilitar o relacionamento da criança com o outro ascendente não guardião [...]”⁴⁹. Mas, na prática, é muito comum que o pai ou a mãe que não detenham a guarda, deixem de ter condições fáticas de exercer o poder familiar. Isso se deve ao fato de que, muito comumente, associe-se a perda da guarda à perda do poder familiar, de modo que o não guardião é enquadrado como um mero visitante e marginalizado das decisões importantes referentes à criança.

Maria Berenice Dias⁵⁰ aponta que “[...] a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras”.

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 211.

⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 472.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 252.

Por essa razão, torna-se importante esclarecer que a perda do poder familiar só ocorre em casos extremos, conforme dispõe o artigo 1.638 do Código Civil⁵¹.

Essa compreensão é necessária ao passo que tanto os pais quanto a sociedade em geral tendem a crer que o pai não guardião perde os direitos e os deveres relativos ao filho. Todavia, isso somente ocorreria em casos de perda de poder familiar, o que, conforme se extrai do artigo 1.638 do Código Civil, não ocorre por fatores simples, e, sim, em casos de atos extremamente lesivos cometidos pelos pais.

A título de exemplo, cita-se que, mesmo quando pai ou mãe que tenham o dever de alimentar deixem de cumprir essa obrigação, eles não serão privados de conviver com o alimentado, pois a falta de convivência com algum dos pais é prejudicial à prole.

Convém, antes de encerrar o tema, consignar não haver como condicionar o direito de convivência ao pagamento da pensão alimentícia quando existem meios processuais para o exercício destes direitos eventualmente desatendidos. A cobrança executiva dos alimentos tem como único escopo a satisfação de um direito material, financeiro, fundamental para a subsistência física do alimentando, porém, de menor transcendência quando considerada a relação paterno-filial, que poderia ser legalmente interrompida na hipótese de inadimplemento dos alimentos, e se assim fosse permitido, como defendem muitos, acabaria o menor sendo duplamente punido: a uma, por não receber a visita de seu pai; e a duas, por não receber a pensão deste mesmo genitor, sendo estendidos estes princípios aos filhos maiores, mas incapazes, como clarifica o artigo 1.590 do Código Civil.⁵²

⁵¹ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
- V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I - praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II - praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

(BRASIL, 2002).

⁵² MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 472.

O ordenamento jurídico trata a perda do poder familiar como exceção, por entender que o exercício dele pelos pais é de suma importância. Assim, mesmo que um dos pais não detenha a guarda do filho, é preciso que continue exercendo os outros atributos do poder familiar. Quando o pai ou a mãe que não são guardiões deixam de exercê-lo, além de reduzirem ainda mais a convivência com o filho, também deixam de acompanhar a criação e a formação escolhida pelo guardião.

A guarda não tem natureza definitiva justamente porque ela pode e deve ser modificada, a fim de atender ao melhor interesse da prole, e é justamente por isso que o não guardião deve se manter atento ao desenvolvimento e ao bem-estar de seus filhos.

Embora a guarda decorrente da separação dos pais tenha a natureza de custódia permanente, ela poderá ser alterada se assim for apurado ser em benefício do menor, mesmo porque é direito condicionado ao interesse da prole e sua principal característica é a de nunca resultar absolutamente definitiva, pois só guardará essa condição de imutabilidade enquanto subsistam os pressupostos fáticos que condicionaram a sua outorga para o guardião, mas qualquer decisão acerca da custódia da prole pode ser modificada se ocorrerem transformações nos fatos em que se fundou o pronunciamento judicial, ou no acordo dos pais, e se essas mutações afetarem os interesses da prole, de sorte que, ainda que se qualifique a guarda como definitiva, ela jamais terá esse caráter jurídico.⁵³

É importante que não se confunda o exercício do poder familiar com uma constante postura crítica dos pais um com o outro, mas deve haver, sim, uma participação contributiva para o melhor desenvolvimento dos filhos. “Compartilhar deveres e obrigações por parte de pais separados em relação aos filhos significa manter os elos de afeto com maior presença na vida dos menores.”⁵⁴

É pela crescente constatação da importância da presença de ambos os pais no planejamento familiar referente aos filhos e pela percepção de que a guarda unilateral acabava por anular o poder familiar do pai ou da mãe que não são guardiões que o ordenamento jurídico passou a prever expressamente e a estimular a figura da guarda compartilhada.

⁵³ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 436.

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 210.

As modificações quanto à guarda ocorreram por meio das Leis n.º 11.698, de 2008, e n.º 13.058, de 2014, que resultaram na atual redação dos artigos 1.583⁵⁵ e 1.584⁵⁶ do Código Civil de 2002.

A guarda compartilhada seria, portanto, o compartilhar equilibrado dos direitos e dos deveres dos pais para com os filhos. Importa destacar que ela não se confunde com a custódia ou a guarda alternada. Na guarda alternada, há uma equiparação exata do tempo de convívio da criança com ambos os pais, enquanto que, na guarda compartilhada, mais importante do que haver uma divisão física da criança, igualando o tempo de convívio, é que se viabilize um compartilhamento das responsabilidades para com o menor.

Mesmo porque é possível, por uma questão de logística, que a divisão numericamente equivalente do tempo físico com a criança não atenda ao melhor interesse dela. Sobre a guarda compartilhada, Sílvio Venosa (2019, p. 208) afirma que “[...] a ideia é fazer com que pais apartados, separados a qualquer título, compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões”.

O objetivo é que os pais participem de forma ativa na educação e na formação dos filhos, tendo conhecimento e voz nas decisões importantes referentes à prole.

⁵⁵ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

[...]

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

⁵⁶ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Ainda que o tempo com um ou com outro não seja igual, o importante é que seja o suficiente para promover o desenvolvimento de um relacionamento saudável e afetivo com a criança e que esta, de fato, sinta a presença de ambos os pais em sua vida.

A preferência pela guarda compartilhada é expressa no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, na prática, a sua aplicação nem sempre é possível, visto que, conforme a doutrina majoritária, essa modalidade de guarda pressupõe uma harmonia mínima entre os pais da criança.

A guarda compartilhada reconhece e põe em prática os princípios da isonomia entre o homem e a mulher e os do superior interesse da criança, sendo relevante a existência de certa cumplicidade dos genitores, desenvolvida unicamente no propósito de assegurar os superiores interesses da prole, também estando presente uma boa dose de flexibilidade dos pais, que devem aceitar seus pontos fortes e fracos na educação dos filhos, e assumir o fato de que seus papéis parentais precisam ser amoldados à nova realidade sociofamiliar, para que os filhos possam receber o melhor de cada um dos seus pais, podendo ocorrer, por exemplo, que um deles tem mais paciência e é mais participativo nas lidas infantis, enquanto o outro mais se destaca no papel de impor limites, de forma que cada genitor ajuda ao outro e ambos auxiliam seus filhos, lhes proporcionando o que ambos têm de melhor.⁵⁷

Os profissionais que atuam no Direito de Família, muitas vezes, deparam-se com situações em que os pais não conseguem sequer manter um diálogo, muito menos acordar sobre qualquer ponto ou decisão importante que atinja a criança envolvida. São esses casos que levantam posicionamentos doutrinários divergentes quanto à possibilidade de se impor judicialmente a modalidade de guarda compartilhada.

Silvio Venosa⁵⁸ afirma que “É certo que a guarda compartilhada nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais. E para isso não são necessárias leis, mas pais educados e conscientes, bem como conciliadores e juízes antenados com sua realidade social”. No mesmo sentido é o entendimento de Rolf Madaleno⁵⁹:

Existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os divorciandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial de guarda

⁵⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 438.

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v. 5. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 211.

⁵⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 454.

compartilhada pela autoridade do julgador, e não pela vontade consciente dos pais. É seguro aduzir que nesse quadro dos acontecimentos a cena reverteria para o acirramento dos ânimos, e para a perpetuação dos conflitos, repercutindo esse ambiente hostil de modo negativo, a causar severos danos à saúde psicológica dos filhos, e comprometer sua estrutura emocional, em ambiente muito propício para a disseminação da Alienação Parental (AP).

Em sentido contrário, Maria Berenice Dias⁶⁰ afirma:

Sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos. A preferência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os pais. Caso não pudesse ser imposta pelo juiz, independentemente da concordância dos genitores, se transformaria em instituto destituído de efetividade.

Seguindo o mesmo posicionamento da autora supracitada, Caio Pereira⁶¹ apoia a imposição da guarda compartilhada ainda que não haja consenso entre os pais. O autor se posiciona desse modo por entender que deve prevalecer o melhor interesse da criança sobre a vontade dos pais. Assim, o direito de ser criado por ambos os pais se sobrepõe à falta de disposição deles em compartilharem a guarda, pois não se trata de uma potestade dos pais, mas, sim, de um direito da prole.

De um lado, tem-se que o melhor para a prole é a participação efetiva de ambos os pais, possibilitada pela guarda compartilhada. De outro, tem-se o fato de que, em casos em que há um litígio acirrado entre os pais, o compartilhamento da guarda poderá ser convertido em mais um mecanismo de competição, potencializando o atrito já existente, o que muito possivelmente irá afetar negativamente o filho, que se encontrará no centro da disputa.

Apesar de não ser o objetivo da guarda compartilhada, esse instituto pode também ser transformado em mecanismo de controle de um pai para com o outro. Os pais se tornam críticos quanto a qualquer decisão tomada pelo outro, além de

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 526.

⁶¹ PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 548.

fiscalizarem e exigirem satisfação quanto a atos do cotidiano, desvirtuando, assim, a finalidade da guarda compartilhada e anulando seus benefícios.

Por todo o exposto, tem-se que a guarda compartilhada exercida por pais que conseguem manter um diálogo e convergir em prol do melhor interesse da criança seria a situação ideal. Todavia, na prática, muitos pais não conseguem atingir o consenso. Diante disso, o Poder Judiciário pode impor a guarda compartilhada, ainda que não haja na imposição a garantia do seu cumprimento, ou aplicar a guarda unilateral, deixando de possibilitar ao infante uma modalidade de guarda que lhe garantiria a presença de ambos os pais em sua vida.

Resta claro que falta ao Poder Judiciário meios de efetivamente solucionar essas demandas. A sentença que simplesmente estabelece a guarda não soluciona o problema, visto que, nesses casos, a atuação efetiva do Judiciário não se resume à definição da modalidade de guarda, mas, sim, à pacificação do conflito por trás da questão de guarda.

Por essa razão é que a presente pesquisa estuda ferramentas que possuam o potencial de auxiliar a atuação do Poder Judiciário na harmonização das relações familiares, a fim de garantir que, independentemente da modalidade de guarda imposta, as crianças e os adolescentes terão o direito de conviver com ambos os pais, os quais terão o direito de exercer o poder familiar.

1.4.3 Dos alimentos

Partindo para a análise da assistência material devida pelos pais aos filhos, um instituto jurídico que se destaca é o dos alimentos. Tendo como principais fundamentos os princípios da dignidade humana e da solidariedade, o dever de alimentos se constitui como uma obrigação legal de garantir que determinado indivíduo tenha recursos financeiros suficientes para assegurar suas principais necessidades e é aplicável a determinadas relações familiares. Nas palavras de Caio Pereira⁶², o dever de alimentar “[...] impõe, então, aos parentes do necessitado, ou pessoa a ele ligada por um elo civil, o dever de proporcionar-lhe as condições mínimas de sobrevivência, não como favor ou generosidade, mas como obrigação judicialmente exigível”.

⁶² PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 626.

Apesar da nomenclatura recebida, a noção jurídica de alimentos não compreende apenas os recursos que garantam a alimentação propriamente dita, mas, também, os elementos essenciais às mais diversas necessidades que o indivíduo possui, tais como educação, cultura e lazer, dentre outros. “No Direito, a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra, além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também à satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade”⁶³.

Portanto, diante do conceito amplo e aberto de alimentos, o Direito estabelece alguns requisitos a serem considerados quando da determinação e da quantificação dos alimentos pelo magistrado, sendo eles: necessidade, possibilidade, proporcionalidade e reciprocidade. Pela exigência de necessidade, entende-se que o alimentante deve, de fato, precisar da prestação devida pelo alimentado, não podendo prover por sua própria subsistência. A necessidade pode decorrer de diversos fatores e, no caso das relações de maternidade e paternidade, decorre, por muitos anos, da própria menoridade da prole.

Quanto à possibilidade, trata-se da análise das condições materiais do alimentante. Não seria cabível que o julgador fixasse um dever de alimentar em quantidade superior ao que o indivíduo de fato tenha condições de prestar ou cuja obrigação retiraria dele a capacidade de prover por si. Importa destacar que os parâmetros utilizados não se limitam à verificação da renda declarada, visto que é possível que ela não seja fidedigna às reais condições do alimentante, cabendo, portanto, uma análise de todo o padrão de vida desse indivíduo.

Da junção dos dois primeiros requisitos, tem-se a proporcionalidade dos alimentos, ou seja, haverá proporcionalidade quando os alimentos forem quantificados a partir do equilíbrio entre necessidade e possibilidade. Por fim, a reciprocidade dos alimentos gera um dever mútuo, de modo que alimentante pode, em momento posterior, tornar-se alimentado, e essa relação se justificaria pelos mesmos fundamentos.

O artigo 229 da Constituição Federal de 1988⁶⁴ prevê expressamente a reciprocidade entre pais e filhos, quando dispõe: “Os pais têm o dever de assistir, criar

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5. p. 410.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Pois bem, instaurada a demanda judicial para determinar e quantificar o dever de prestar alimentos decorrente da relação de maternidade ou paternidade, a análise do magistrado será guiada pelos requisitos supracitados e pelo princípio do melhor interesse da prole.

Entretanto, a complexidade das relações familiares, por vezes, impossibilita que esse dever de alimentar, apesar de imposto, seja, de fato, cumprido ou aceito pelo alimentante. As variáveis que ocorrem em cada caso concreto são inúmeras, mas, em muitos casos, a dificuldade da ação de alimentos decorre do fato de o alimentante visualizar a obrigação como uma penalidade ou uma reparação ao ex-companheiro.

Do mesmo modo, é possível que o alimentado esteja sempre questionando a quantificação dos alimentos por desejar que tenham caráter indenizatório pelos danos sofridos pelo alimentante, e não por se basear nos critérios mais objetivos da necessidade e da possibilidade.

Em razão dos sentimentos, das emoções, das mágoas e dos conflitos que permeiam a demanda judicial, é possível que haja uma distorção por parte dos envolvidos da real finalidade dos alimentos. Contudo, a doutrina majoritária defende que a pensão alimentícia não possui qualquer finalidade punitiva, seja de atos praticados em relação ao ex-companheiro ou cônjuge, seja em relação à criança.

Como bem aponta Rolf Madaleno⁶⁵, as próprias características da obrigação de alimentar diferem da natureza de prestações reparatórias. Senão, veja-se:

[...] enquanto os alimentos são de trato contínuo, sendo devidos enquanto perdurarem os motivos fáticos de dependência que os ensejaram, a indenização moral compensa um mal psíquico causado, e a sua reparação busca, de regra, compor a paga em uma parcela única, completamente desvinculada da necessidade alimentar que origina e justifica a fixação de uma pensão mensal para salvaguardar a subsistência e sobrevivência do alimentando.

Os alimentos são tão essenciais à sobrevivência e, de fato, não possuem natureza indenizatória que são impenhoráveis, imprescritíveis e não são passíveis de cessão, visto que só serão devidos quando houver a necessidade de subsistência do

⁶⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 352.

alimentando. A natureza dessa obrigação é tão clara que, também nos casos do dever entre ex-cônjuges ou companheiros, não se permite qualquer vinculação à culpa.

Nem há como aceitar a frágil alegação da condenação própria de alimentos ao cônjuge responsável pelo divórcio da Emenda Constitucional n. 66/2010, que suprimiu a culpa e a separação judicial causal e porque o direito à pensão alimentícia e aqui não se está falando dos alimentos compensatórios, só têm incidência nos casos de real necessidade e dependência alimentar do consorte sem meios próprios de subsistência e sem recursos materiais para lhe suprir as carências materiais. Os alimentos não se constituem em uma indenização ao cônjuge inocente, tanto que sua fixação judicial tem por motivação a necessidade e não a culpabilidade, se e quando associada à efetiva dependência e à impossibilidade de o credor prover a sua própria manutenção, pois do contrário o cônjuge inocente sempre teria direito a alimentos, independentemente da sua indigência pessoal, a título exclusivamente de indenização.⁶⁶

Portanto, os alimentos, apesar de decorrerem de relações familiares, tratam-se de um instituto jurídico patrimonial e objetivo, não possuindo qualquer finalidade indenizatória ou reparatória, tendo o cunho único e exclusivo de assegurar as condições necessárias à sobrevivência dos indivíduos quando algum familiar, dentre os casos estabelecidos em lei, possua condições de prover pelo outro.

⁶⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 352.

2 A JUSTIÇA DAS FAMÍLIAS NO BRASIL

Após as explanações introdutórias acerca de conceitos, princípios e institutos de Direito de Família aplicáveis às relações jurídicas decorrentes da filiação, é possível partir para a análise do atual proceder do Judiciário diante dos litígios envolvendo relações familiares, com foco nas questões mais recorrentes entre pais e filhos.

Viu-se, no capítulo anterior, que os institutos mais relevantes para essas relações são os da filiação, do pátrio poder e dos alimentos e que, portanto, as demandas envolvendo dever de afetividade, guarda e pedido de alimentos são as que mais se apresentam e que exigem maior atenção, em especial, quando os litigantes apresentam não só um impasse jurídico, mas também uma disputa emocional.

2.1 Os efeitos da imposição judicial e as dificuldades processuais nos litígios decorrentes da filiação

Ao analisar o poder familiar sob a luz dos diversos princípios de Direito de Família, como a proteção do melhor interesse da prole, a dignidade humana e a solidariedade, bem como os diversos dispositivos constitucionais que mencionam a paternidade responsável e outros deveres dos pais em relação às crianças e aos adolescentes, é possível concluir que não se trata de uma escolha do pai ou da mãe, mas, sim, de um dever de prestar assistência financeira, moral, psíquica e afetiva à prole.

Quando os pais deixam de prestar assistência material, há a possibilidade de imposição judicial do dever de alimentos. Contudo, a ação de alimentos segue as normas processuais gerais estabelecidas no CPC de 2015, de modo que, por vezes, procedimentos que são tranquilamente aplicáveis nas mais diversas relações civis geram desafios quando da sua aplicação nas relações familiares.

Interações inerentes ao Direito de Família envolvem elementos subjetivos que, embora tenham sido olvidados por considerável tempo por alguns estudiosos, têm impacto e relevância consideráveis no desenrolar de relacionamentos familiares e de sua composição: são exemplos de tais sentimentos o amor, o afeto e o desafeto. O legislador processual, na mesma linha e por óbvio, não costuma considerar tais fatores subjetivos, não antevendo previsões

suficientemente específicas sobre a tramitação de processos envolvendo lides familiares; exceção feita a alguns procedimentos especiais, a regra é que a maior parte dos feitos tramite pelo procedimento comum. [...] ainda que o CPC/2015 tenha reconhecido certa especificidade - as demandas familiares – a reclamar certas adaptações procedimentais –, as mudanças podem ser tímidos passos iniciais, já que há um considerável caminho a percorrer.⁶⁷

Assim, aplicar normas processuais gerais a conflitos familiares, que, conforme mencionado, possuem peculiaridades capazes de influenciar toda a atividade jurisdicional, acaba por dificultar a efetividade da justiça nessa área. Tal afirmação é facilmente constatada quando se analisam as normas referentes ao instituto da assistência nos litígios envolvendo alimentos.

Em se tratando de demandas que se iniciam na fase em que o alimentado é menor, esse será representado por um dos pais na incapacidade absoluta e assistido quando a incapacidade se tornar relativa. No caso de assistência processual, ou seja, quando o alimentado for maior de 16 anos e menor de 18 anos, o assistente pratica o ato ou negócio jurídico em conjunto com o assistido. Assim, para que haja propositura de ação, ambos precisam manifestar sua vontade, e o menor precisa firmar outorga de procuração judicial para que a ação de pedido ou execução de alimentos seja proposta.

Aparentemente simples, esse requisito processual não gera maiores dificuldades na prática de atos jurídicos envolvendo outros ramos do Direito, mas, nas ações de família, pode ocasionar desdobramentos extremamente prejudiciais na esfera pessoal dos indivíduos envolvidos – em especial, do menor.

É dado à criança o poder de decidir sobre a possibilidade de propor ou não a demanda. O menor passa a ser protagonista do conflito, ocorrendo uma verdadeira disputa entre os pais, a fim de convencer o filho a agir na conformidade do seu próprio interesse. Nesse processo de convencimento, o filho passa a sentir os ataques dos pais um contra o outro.

De um lado, o guardião alega a irresponsabilidade do alimentante, que, ao deixar de cumprir a obrigação, estará prejudicando o filho. Do outro, o alimentante busca desacreditar a administração dos recursos feita pelo guardião.

⁶⁷ TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família** - Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1.

Dessas crises usualmente infundadas de desconfiança da administração da pensão alimentícia, tem sido a genitora o alvo preferido das acusações de desvio, malversação e incompetência na administração da verba alimentar, e já na fase da incapacidade relativa do alimentando surgem verdadeiras campanhas de desmoralização e de perda de credibilidade da capacidade de gestão da genitora, com promessas sedutoras de adiantada independência financeira do filho, que deveria passar a receber diretamente a sua pensão, tirando-a da administração materna. A prole é convencida a não referendar qualquer movimento processual de ação ou execução alimentar, e com esta tática fica a guardiã inerte e impotente para executar as pensões em atraso, porque o filho relativamente capaz precisa assinar a procuração judicial em conjunto com a mãe ou o pai custodiante.⁶⁸

O que torna esse cenário ainda mais complexo é a possibilidade de a inadimplência em obrigação de alimentos gerar prisão civil. Muitas vezes, os atos manipulatórios do alimentante buscam gerar um sentimento de culpa no filho, no sentido de que esse seria responsável pela sua prisão. Rolf Madaleno⁶⁹ aponta que, aproveitando-se desse sentimento de culpa e de lealdade do alimentado com o alimentante, o devedor, muitas vezes, consegue convencer o alimentado a firmar falsa quitação de pensões atrasadas.

Quando o alimentado finalmente atinge a maior idade, o constrangimento se torna ainda pior. São raras as ocasiões em que alguém de 18 anos já possua condições suficientes de deixar de viver com o guardião e de conseguir prover a si mesmo. Mas, a partir dessa idade, não há mais a obrigatoriedade de assistência, de modo que o indivíduo passa a ser a parte litigante. Alimentado se torna autor, e alimentante se torna réu. No caso de alimentos decorrentes da paternidade ou da maternidade, têm-se pais e filhos ocupando polos opostos da demanda e assumindo uma postura adversarial.

As consequências disso são notáveis, independentemente de se prosseguir ou não com a demanda. Isso porque, se o alimentado concede a outorga ou ingressa com a ação, ocorre uma animosidade em uma relação muito cara e importante para a criança ou o adolescente, qual seja, a relação de maternidade e paternidade.

Por outro lado, quando o alimentado inviabiliza a propositura da ação de alimentos ou desiste das que já estão em curso, ele abre mão dos seus direitos e passa a sofrer consequências no seu próprio bem-estar, não tendo, por vezes, recursos para coisas básicas, como alimentação e educação adequadas.

⁶⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 991.

⁶⁹ *Ibidem*.

Ninguém poderá dizer de sã consciência que um filho cuja pensão foi negligenciada não estará sendo discriminado, explorado, violentado em seu direito e em sua dignidade, com crueldade e opressão, ao lhe exigir por cega devoção ao amor paterno e em nome de sua aparente autonomia seja constrangido, na maioria das vezes, a desistir de seu direito alimentar, coagido moralmente a barganhar pelo dever de lealdade imposto pelo ascendente devedor de alimentos, diante da exigência do sinete da procuração judicial.⁷⁰

Assim, vê-se que, apesar de os alimentos serem um direito fundamental e inerente à dignidade humana, é possível que, na prática, ocorra uma relativização do direito de alimentos das crianças e dos adolescentes, em razão de normas processuais que não são facilmente aplicáveis, por acarretarem uma polarização entre pais e filhos.

Outro ponto que cabe evidenciar é que é comum que o litígio judicial em torno da fixação e da quantificação dos alimentos se perpetue por muitos anos, em razão dos repetidos pedidos de revisão de alimentos. O pedido de revisão pode ocorrer por muitos fatores, mas é muito comum nos casos em que a falta de afetividade do alimentante para com o alimentado gera uma inconformidade com o dever judicialmente imposto. É também comum que ocorra uma visão distorcida daquela obrigação e que tanto alimentante como alimentado passem a visualizar os alimentos como uma indenização ou prestação reparatória.

Assim, constata-se que a atuação do Poder Judiciário nas demandas dessa natureza precisa ser capaz de gerar uma melhor compreensão em torno da obrigação de alimentar. É preciso que as partes enxerguem os alimentos com a finalidade jurídica que eles, de fato, possuem: a de garantir a sobrevivência do indivíduo.

O dever de alimentar entre pais e filhos decorre do princípio da solidariedade familiar. E, quando há litígio em torno dessa obrigação, o mais comum é que a sentença judicial represente uma imposição dessa solidariedade. Contudo, o Direito de Família clama por uma abordagem diferenciada. Para que conflitos dessa natureza, de fato, pacifiquem-se, é preciso que a solidariedade familiar seja não imposta, mas intimamente compreendida e vivenciada nessas relações.

Atualmente, quando o Direito objetiva estimular um comportamento social, o mecanismo tem sido a aplicação de penas como instrumento preventivo e pedagógico. Todavia, buscar uma conscientização íntima e profunda dos indivíduos

⁷⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 994.

acerca da importância da presença solidária nos laços familiares promoverá uma aceitação maior em relação ao desfecho do processo do que um mecanismo de estímulo que atua por meio do medo de sofrer uma sanção.

Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade. Todo ser humano, desde sua infância, precisa receber e dar afeto para se tornar integral. **No seu processo de amadurecimento, seja na escola ou na família, ou mesmo no seu grupo de amizade, apelar aos seus sentimentos é, muitas vezes, mais convincente que apelar por argumentos racionais. Tratada com afeto, responderá, afetuosamente.**⁷¹

Essa questão se torna ainda mais complexa e desafiadora em se tratando dos deveres de natureza emocional, moral e psíquica. Ainda é comum o entendimento de que o poder familiar é um direito renunciável do pai, e não um dever dele para com a prole.

Na prática, quando um dos pais deixa de cumprir o dever de exercer o poder familiar, está não só prejudicando o seu vínculo afetivo com o filho, mas, também, deixando de prestar assistência à criança. Desse modo, deixar de cumprir esse dever poderá comprometer a saúde psíquica e emocional da prole, que, certamente, sentirá o abandono. Quanto ao tema, Maria Berenice Dias⁷² afirma:

Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

⁷¹ PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 66. (grifos nossos)

⁷² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 98.

O abandono afetivo pode se manifestar de diversas formas. Rolf Madaleno aponta que ele é perceptível nos casos em que os pais deixam de exercer o direito de visitas.

Houve um momento histórico no Direito brasileiro em que o exercício das visitas foi considerado como uma mera prerrogativa do ascendente não guardião de receber seus filhos sob a custódia do outro genitor. Esse conceito vingou durante longo tempo na cultura social e jurídica brasileira e foi responsável pelo enorme equívoco até hoje presente e responsável, em parte, pela geração de um sem-número de abandonos morais e afetivos de pais que veem nas visitas apenas uma faculdade, não se constituindo o seu exercício em um inolvidável direito do filho, de compartilhar o sadio e profícuo contato com seus ascendentes.

[...]

Nem sempre os pais exercem o dever de convivência para com os seus filhos, e, embora seja dito que representem as visitas um direito-dever dos pais, elas se vinculam muito mais ao direito dos filhos do que ao direito dos pais, pois para o filho em formação é de extrema importância a coexistência sadia com seus genitores, mola mestra e propulsora da sua hígida formação moral e psíquica.⁷³

Os recorrentes casos de abandono afetivo fomentaram a busca de meios que coibissem esses atos tão danosos às crianças e aos adolescentes. Fundamentados em um sistema jurídico que, no último século, conferiu uma proteção especial às crianças e aos adolescentes e passou a defender a prevalência dos interesses deles em contrapartida ao dos pais, o Poder Judiciário passou a aplicar sanções pecuniárias a algumas práticas que configuravam o abandono afetivo.

Neste sentido o poder judiciário tem se valido da aplicação de astreintes quando da omissão das visitas por parte dos pais a fim de impor a estes uma penalidade diante do descumprimento do direito de visita e convivência familiar da prole. As astreintes se mostram como eficiente instrumento de pressão para vencer esta tola resistência às visitas e para impedir que a criança reste corrompida pela cruel Síndrome da Alienação Parental (SAP), regulada no Brasil através da Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, tanto quando a sanção pecuniária é imposta à mãe guardiã que se nega injustificadamente a cumprir o regime de visitas, como em relação ao pai que se omite de cumprir suas datas de comunicação com o filho, devendo o montante da multa ser proporcional à gravidade do descumprimento e às condições econômico-financeiras de quem deve satisfazer ou assegurar a convivência.⁷⁴

⁷³ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 385.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 476.

Além das astreintes, também tem sido cada vez mais comum a figura do dano moral nas relações familiares. Quanto ao tema, importa destacar que o dano moral no Direito de Família não possui natureza especial. Desse modo, aplicam-se os mesmos conceitos, abrangência e desdobramentos do dano moral decorrente das demais relações civis.

O dano moral é um prejuízo imaterial que afeta aspectos psíquicos do ofendido. Apesar de não possuir natureza patrimonial, a sua reparação é feita por meio de prestações pecuniárias. É possível caracterizar a existência de dano moral nos casos de abandono afetivo, visto que, na relação de filiação, há um dever constitucional de paternidade responsável. Esse dever parte do pressuposto de que o afeto é considerado essencial à formação e ao desenvolvimento do infante. Portanto, a ausência de afeto poderá ocasionar um abalo de natureza moral e psíquica, gerando a necessidade de reparação.

Ao mesmo passo que a sua caracterização é possível, é inegável que a prestação patrimonial não é capaz de reparar o prejuízo causado, visto que esse é de natureza emocional e psíquica. Todavia, os defensores da aplicação do dano moral em casos de abandono afetivo apontam que se trata de uma forma eficaz de desestimular o comportamento nocivo dos pais, possuindo uma função preventiva e educativa, ao servir de exemplo também para outros casos.

E, embora possa ser até dito que não há como o Judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o Judiciário não pode se omitir de tentar, buscando de uma vez por todas acabar com essa cultura da impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas configuravam um direito do adulto e não como um evidente e incontestável dever que têm os pais de assegurar aos filhos a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227). A condenação de hoje pelo dano moral causado no passado, tem imensurável valor propedêutico para evitar ou arrefecer o abandono afetivo do futuro [...]⁷⁵.

Ainda assim, a questão não é pacificada na doutrina e no entendimento jurisprudencial.⁷⁶

⁷⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 386.

⁷⁶ APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO À FILHA. No Direito de Família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. O distanciamento do varão em relação à filha, somente reconhecida mediante sentença, não constitui motivo para fundamentar a indenização por dano moral, sendo tal fato um acontecimento bastante recorrente, um fato da vida, apesar de lamentável. Embora seja

Quando se fala em obrigações de natureza emocional, surgem divergências quanto à possibilidade de se impor a obrigação de afetividade dos pais para com os filhos. Apesar de não ser possível obrigar que um indivíduo sinta afeto, por ser essa uma questão íntima e profunda de cada um, o que se discute é se seria cabível ao Estado impor manifestações de afetividade e penalizar a ausência delas.

Também se questionam os efeitos dessas imposições. Quanto ao caráter pedagógico, é bem verdade que muitos pais poderão ter uma maior atenção às obrigações paternas ou maternas, a fim de evitarem o dever reparatório. Mas, novamente, trata-se de um estímulo ao afeto por meio do medo da sanção. Por essa razão é que se analisa o potencial da medida de efetivamente promover um fortalecimento do amor entre pais e filhos.

Nos casos em que a sanção tem efeito punitivo, por já ser aplicada no caso concreto, é possível que a penalidade agrave a falta do laço afetivo, visto que o pai ou a mãe que já não possuíam uma vontade natural de manifestar afeto agora se veem juridicamente punidos por não sentirem os sentimentos que o Direito impõe. O filho passa, então, a ser o culpado pelos pais estarem sofrendo a sanção, o que dificulta a construção de uma relação saudável entre estes.

O que se pondera é que, de um ponto de vista, tem-se a função preventiva, mas, de outro, impor sanções pecuniárias a um pai ou uma mãe que já não desenvolveram uma afetividade de maneira espontânea, a fim de obrigá-los a manifestar amor pela prole, pode, inclusive, gerar um efeito contrário ao desejado. Uma relação de amor compulsória poderá agravar a rejeição ou o desinteresse do pai ou da mãe para com o filho.

Não se discute a importância do afeto dos pais para com a prole, nem as consequências que o abandono afetivo poderá ocasionar no desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. Também é claro que o Direito, como ciência que visa a regular o comportamento humano, deve prever mecanismos que estimulem comportamentos que contribuam para a formação e a preservação de famílias bem estruturadas, pautadas no amor, na solidariedade e na assistência mútua.

plausível que a autora tenha sofrido pela ausência do pai, essa situação não pode ser atribuída ao genitor somente, a ponto de levar à obrigação de indenizar. Ademais, em que pese reprovável, a conduta do demandado não se enquadra no conceito jurídico de ato ilícito, que gera o dever de indenizar. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível N.º 70063526610, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/06/2015). (TJ-RS - AC: 70063526610 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 18/06/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/06/2015).

Portanto, o que merece reflexão é justamente a adequação dos mecanismos atualmente utilizados pelo Poder Judiciário. A condenação em dano moral e a aplicação de astreintes, por exemplo, são penalidades pecuniárias à falta de afeto dos pais. De certo modo, caminham em direção contrária à “despatrimonialização” do Direito das Famílias.

Por essa razão e a fim de apresentar ferramentas alternativas que possam auxiliar o Poder Judiciário no estímulo às relações familiares harmônicas, pautadas no amor e na compreensão, o presente estudo irá analisar o Direito Sistêmico como meio de lidar com conflitos emocionais por meio de técnicas que olhem para os afetos, em contrapartida a mecanismos que apelem ao patrimônio.

Também será analisada a abordagem sistêmica nas questões de guarda como um instrumento apto a fomentar desfechos que atendam ao melhor interesse da prole. Isso porque, apesar de já ter sido reconhecido pela legislação que a guarda compartilhada é o ideal – a fim de garantir a convivência e a participação de ambos os pais na vida do infante –, quando os pais não aceitam essa modalidade, o posicionamento dos tribunais tem sido no sentido de não aplicá-la.

[...] se a guarda compartilhada pressupõe o consenso e o diálogo, dizem os tribunais, não podem exercê-la casais separados e sem nenhuma relação de comunicação e de entendimento, em famílias disfuncionais; antes precisam atender à solução de suas diferenças pessoais e das mágoas porventura remanescentes, desfazendo ressentimentos a tempo de permitir adotarem o modelo da guarda conjunta pelo consciente consenso de estarem adotando o melhor para seus filhos, e assim decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp. n. 1.417.868-MG, sob a relatoria do Ministro Relator João Otávio Noronha, em data de 10 de maio de 2016, ao afastar a guarda compartilhada, diante da inviabilidade de seu exercício quando se mostra impossível os pais chegarem a um acordo sobre quaisquer questões, sendo tendência de ambos atenderem aos seus interesses pessoais, de forma que: “impor aos pais a guarda compartilhada apenas porque atualmente se tem entendido que esse é o melhor caminho, quando o caso concreto traz informações de que os pais não têm maturidade para o exercício de tal compartilhamento, seria impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam. E isso, longe de atender seus interesses, põe em risco seu desenvolvimento psicossocial.”⁷⁷

Nessas situações, o Poder Judiciário aceita a vontade dos pais sem considerar que a situação ideal e desejada pelo Direito é a guarda compartilhada. Assim,

⁷⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 451.

identifica-se que faltam ferramentas e instrumentos que possam ser utilizados para motivar os pais a aceitarem essa modalidade de guarda, por ser, na maioria dos casos, a situação que mais beneficiará os filhos. É como auxiliar da justiça que se propõe que as práticas sistêmicas atuem.

Não se pode negar que é crescente o reconhecimento da falta de eficácia das imposições judiciais em determinadas demandas familiares, de forma que a consequência disso tem sido um crescente estímulo a outros mecanismos de solução de conflitos.

Dentre eles, abordar-se-ão, ainda neste capítulo, a conciliação e a mediação, técnicas de autocomposição que, em muitos casos, apresentam-se como meios mais adequados de resolução de conflitos, por valorizarem a autonomia da vontade das partes. Mas, antes, cumpre ainda uma reflexão acerca dos operadores do Direito que atuam na justiça familiar.

2.2 As particularidades do conflito familiar e a necessidade de adequação dos profissionais atuantes

Vimos que o direito de família, por lidar com as relações mais privadas dos indivíduos, é um ramo bastante diferenciado dentro do direito, o que exige um preparo também diferencial dos operadores jurídicos que atuam na área. Nesse sentido, Sílvio Venosa⁷⁸ aponta que:

Sente-se na atualidade que o Direito de Família desgarra-se cada vez mais do Direito Civil, ganhando autonomia de estudos e consequentemente de especialistas. Como regra geral, os novos mestres e autores de direito de família em nosso país, a exemplo do que já ocorria em países estrangeiros, tendem a especializar-se exclusivamente nesse campo, não se dedicando mais aos outros campos do direito privado. A essa situação agrega-se o fato de que o juiz de uma Corte de família deve ter vocação e preparo emocional diverso do magistrado que decide questões exclusivamente patrimoniais. Daí porque, sempre que possível, a organização judiciária dos Estados cria varas especializadas em direito de família, com serviços auxiliares de ordem sociológica e psicológica. A mediação e conciliação, com profissionais habilitados, devem ganhar amplo espaço, evitando-se contendas processuais inúteis e depreciativas da honra de membros da família, e converter-se no grande palco de soluções para os problemas da família.

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v. 5, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 13.

O posicionamento do autor supracitado é compreensível na medida em que a família moderna passou a ter uma nova função, menos ligada a aspectos políticos, econômicos ou religiosos e mais vinculada a questões emocionais e sentimentais, e, portanto, é natural que se distancie de outros ramos do direito que possuem um foco mais voltado para o patrimônio.

Essa necessidade de uma atuação mais especializada é em parte atendida pela própria estruturação do poder judiciário que conta com varas específicas para tratarem dos conflitos de natureza familiar, contando também com equipes multidisciplinares formadas por profissionais de psicologia e de assistência social, dentre outros, que auxiliam o juiz na formação do seu convencimento. Contudo, ainda se percebe um despreparo de muitos profissionais em compreender os aspectos afetivos da relação jurídica e de considerá-los no momento da resolução do litígio.

Muitas vezes, as partes buscam, com a demanda judicial, satisfazer uma pretensão que sequer tem amparo jurídico, almejando-se, por meio de institutos jurídicos, culpar e responsabilizar o familiar pelos sofrimentos e mágoas decorrentes de uma relação íntima. São a estes detalhes que os operadores do direito precisam estar atentos. Nesse sentido, Maria Berenice Dias⁷⁹ salienta:

Rodrigo da Cunha Pereira não cansa de repetir que são os restos do amor que batem às portas do judiciário. As peculiaridades que envolvem as questões familiares exigem que magistrados, promotores, advogados e defensores públicos sejam mais sensíveis, tenham uma formação diferenciada. Devem atentar para o fato de que trabalham com o ramo do direito que trata mais de perto com a pessoa, seus sentimentos, suas perdas e frustrações.

Nesse mesmo sentido, Sílvio Venosa indica que essa atuação mais especializada e atenta aos sentimentos das partes envolvidas é essencial para a efetividade da justiça.

Ainda, cabe a ele estruturar os meios assistenciais e judiciais, legais e materiais para o acesso à Justiça, a fim de que o ideal da família seja obtido nas situações de conflito. Há, de plano, necessidade de especialização. O juiz e os tribunais de família devem possuir um perfil absolutamente diverso das cortes destinadas a dirimir conflitos patrimoniais. Como sabemos, os conflitos sociais e os de família são os mais sensíveis; não se resolvem com um decreto judicial, que

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

somente pode advir como último escolha. Mais do que em qualquer outro campo do processo, os conflitos de família podem compor-se tecnicamente pela sentença, mas com ela não se solucionam. Pelo contrário, com frequência o comando judicial, muitas vezes, agrava um problema sem resolvê-lo.⁸⁰

Como tudo começa na família, por ser esta a unidade social mínima, uma sociedade pacífica pressupõe unidades familiares harmônicas e é por isso que Silvio Venosa⁸¹ aponta que “[...] o juiz de família é um harmonizador mais do que um julgador.” Quanto aos magistrados, promotores e defensores, Maria Berenice Dias⁸² afirma:

O escoadouro das desavenças familiares são as varas de família, que superlotam. O critério para atuar nessas varas não deveria ser merecimento ou antiguidade. Precitaria ser verificado o perfil do magistrado, promotor e defensor, os quais precisariam receber alguma qualificação antes de assumirem. É imprescindível a qualificação de forma interdisciplinar dos agentes envolvidos no conflito familiar para a compreensão das emoções e do grau de complexidade das relações das partes. O conhecimento técnico jurídico definitivamente não é suficiente.

Ressalta-se que, muitas vezes, por falta de recursos, a equipe multidisciplinar não é disponibilizada, restando ao especialista na lei – o juiz – definir o que é melhor para uma família. Apesar de estas decisões guardarem conformidade técnica, podem não ser a decisão mais acertada. É por esse motivo que a autora supracitada defende a vocação dos profissionais para lidarem com os conflitos familiares, visto que estes são cada vez mais complexos, exigindo habilidades diferenciadas desses profissionais, de modo que precisarão ampliar seus conhecimentos para além da letra da lei.

Quanto aos demais operadores do direito que atuam na área familiar, também se exige uma postura diferenciada. O tradicional papel do advogado litigante deve ceder lugar ao advogado pacificador. É dever do advogado sempre assegurar os direitos de seus clientes, mas a postura adversarial, que só vislumbra o direito de um como obrigação do outro, deve abrir espaço para uma atuação que busque conciliar

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v. 5, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 15.

⁸¹ *Ibidem*, p. 211.

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

os interesses das partes. A atuação ética é exigida sempre, mas, no âmbito do direito de família, ela é ainda mais cara e essencial.

Na prática, essa postura diferenciada nem sempre é percebida, primeiro porque, em muitos municípios do Brasil, não há uma especialização de advogados. Diferentemente das grandes cidades, na maior parte das cidades brasileiras, não há mercado para uma atuação extremamente específica, de modo que os advogados acabam por atuar nos mais variados ramos do direito, o que impossibilita que este profissional compreenda as particularidades de cada ramo e a atuação específica necessária.

Outro ponto é a cultura de litígio presente desde a formação dos profissionais do direito. Roberto Bacellar⁸³ informa que:

No Brasil, o ensino jurídico é moldado pelo sistema da contradição (dia-lética) que forma lutadores, guerreiros, profissionais treinados para a briga, para a guerra em torno de uma lide, em que duas forças polarizadas se enfrentam e que ao final só um pode ser o vencedor. Se um ganha, necessariamente, o outro perde. Essa cultura do litígio é uma das principais características dos métodos adversariais, em que o raciocínio é puramente dialético e um conflito é tabulado como de direito e analisado sob o prisma da lide em disputa.

Assim, verifica-se que ainda existem muitos desafios para que a justiça no âmbito familiar atue de maneira mais eficaz e alinhada aos princípios que norteiam o direito de família. Uma atuação estritamente técnica, que se baseia na aplicação da lei ao caso concreto, não é capaz de promover o senso de justiça.

Em sede de direito das famílias não dá para amoldar a vida à norma. Mais do que buscar regras jurídicas é necessário que sejam identificados os princípios que regem a situação posta em julgamento, pois a decisão não pode chegar a resultado que afronte o preceito fundamental de respeito à dignidade humana. O processo deve ser informado por normas jurídicas e normas de conduta, sem perder de vista a necessidade de impor atitudes que respeitem a ética. De há muito o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético, voltado a pacificar com justiça.⁸⁴

⁸³ BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 57.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 62-63.

Falta ao direito uma abordagem processual mais voltada à dignidade humana, às dores, às emoções e aos sentimentos mais profundos dos indivíduos e que seja capaz de substituir uma justiça imperativa por uma justiça humanizada. No último capítulo desta pesquisa, analisaremos a capacidade do direito sistêmico em promover uma mudança de postura em todos os integrantes do sistema judiciário e a possibilidade de ser uma ferramenta de capacitação para os profissionais que pretendem atuar do direito de família.

2.3 Meios alternativos de solução de conflitos

Um Poder Judiciário sobrecarregado, associado à constatação da ineficiência dos métodos tradicionais na resolução de muitos conflitos e à possibilidade de se aplicarem métodos alternativos os quais vinham demonstrando resultados satisfatórios fomentaram a edição da Resolução 125 de 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O principal objetivo: promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Nesse cenário, estas técnicas se revelaram como instrumentos indiscutivelmente efetivos. Atendendo a muitos objetivos da resolução, esses mecanismos de autocomposição promovem uma redução na excessiva judicialização dos conflitos e, quando já instaurados, aumentam a possibilidade de soluções consensuais, garantindo uma maior satisfação com o resultado do processo e com a redução de interposição de recursos.

Não se pretende descredibilizar a atuação estatal na resolução de conflitos, até mesmo porque as demandas judiciais possuem uma variedade e diversidade de natureza muito grande e existem determinadas situações que somente a autoridade estatal é capaz de assegurar a justiça. Mas há também outros cenários jurídicos em que a imposição estatal, sem uma maior participação das partes, não confere o que Roberto Bacellar chama de “[...] acesso à uma ordem jurídica justa”.

Há uma tendência no Brasil a que os conflitos sejam sempre dirimidos perante o Poder Judiciário pelo método adversarial. O acesso à justiça, sempre considerado do ponto de vista do Estado, foi apenas formal sem nenhuma efetividade.

[...]

Todas as demais questões relativas a divergências de interesses, ruídos de comunicação, relações convencionais conflituosas, dentre

outras, podem encontrar melhor resolução por outros métodos que não aqueles adversariais originados no modelo público tradicional desenvolvido perante o Poder Judiciário.⁸⁵

Tem razão o autor quando aponta que existem outras técnicas mais hábeis em melhorar a comunicação entre as partes, tais como as previstas pela resolução do CNJ. Os resultados destas técnicas foram tão significativos e satisfatórios que o Código de Processo Civil de 2015 reforçou esse entendimento no seu artigo 3º⁸⁶.

Pois bem, ambas as técnicas contam com um terceiro intermediador – conciliador ou mediador –, que, diferentemente do juiz que é chamado para impor uma solução às partes, buscará facilitar a comunicação entre elas. Uma das principais vantagens destas técnicas é a transformação de um ambiente polarizado em um cenário onde se busca uma ação conjunta e convergente das partes. É o que afirma Fernanda Tartuce⁸⁷:

Na lógica de julgamento inerente à via contenciosa, as partes atuam em contraposição, disputando posições de vantagens; a análise dos fatos foca o passado, e um terceiro é chamado a decidir com caráter impositivo. Diversamente, na lógica consensual (coexistencial/conciliatória), o clima é colaborativo: as partes se dispõem a dialogar sobre a controvérsia, e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui o futuro como perspectiva a ser avaliada. Por prevalecer a autonomia dos envolvidos, o terceiro não intervém para decidir, mas para facilitar a comunicação e viabilizar resultados produtivos.⁸⁸

Esses meios alternativos de solução de conflitos poderão ser aplicados em demandas de diversas naturezas. No direito de família, lida-se com muitos direitos indisponíveis, de modo que a conciliação ou mediação não poderão ser utilizadas como forma de renúncia desses direitos. Apesar disso, em se tratando de direitos indisponíveis, é possível aplicar as técnicas para negociação em torno de aspectos destes direitos que admitam transação. Como exemplo, cita-se o dever de alimentos.

⁸⁵ BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 51.

⁸⁶ Art. 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 juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁸⁷ TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família** - Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.107.

⁸⁸ *Ibidem*.

Não é cabível que haja renúncia dos alimentos, mas é possível tratar da quantificação dos alimentos por meio de uma mediação.

Pois bem, na conciliação, há um terceiro que, após ouvir as partes, orienta-as com sugestões e esclarecimentos acerca das soluções aplicáveis no caso em concreto, facilitando o diálogo e permitindo que elas cheguem a um acordo sem a necessidade de imposição judicial.

A postura do conciliador é mais ativa em relação ao mérito da causa e pode ele inclusive sugerir soluções ao conflito, participar ativamente da discussão sobre o objeto da demanda e, além disso, sobre aquilo que venha a ser o resultado do eventual acordo celebrado entre as partes.⁸⁹

Esta técnica é recomendada pelo Código de Processo Civil para os casos em que não há relacionamento anterior entre as partes. Tal orientação decorre do fato de que a conciliação tem como principal objetivo encerrar o processo, de modo que o conciliador irá atuar com foco no objeto da lide, não se preocupando em restaurar uma boa relação entre as partes.

Uma vez resolvida a demanda judicial, as partes não precisarão mais manter qualquer relação e, por isso, não há a necessidade de o conciliador atribuir maiores esforços na pacificação desta. Essa dinâmica se aplica bem, por exemplo, a uma relação consumerista em que as partes só precisam tratar de uma questão pontual.

Como o objetivo da conciliação é encerrar a lida judicial, este terceiro poderá inclusive desestimular a continuidade do processo apresentando às partes as desvantagens de se prosseguir com a demanda, tais como: a demora, a dificuldade de produção de prova e a imprevisibilidade do resultado.

Em se tratando de relações jurídicas em que as partes possuem um relacionamento anterior e provavelmente precisarão continuar se relacionando, como é o caso dos conflitos envolvendo membros de uma família, faz-se necessária uma intervenção que permita um olhar mais amplo, abrindo espaço para um diálogo em torno de toda a relação. Desse modo, a conciliação, que dirige a atenção para o mérito da demanda e não para as questões emocionais envolvidas, não se demonstra tão eficaz.

⁸⁹ BACELLAR, R.P. **Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84-85.

Tem-se observado que, para solucionar conflitos familiares, de vizinhança e outros em que a relação entre as partes é de vários vínculos (relações multiplexa), resolver – pela conciliação – apenas um dos aspectos da controvérsia acaba por resolver a lide (parcela restrita do conflito levada ao sistema judicial), mas não soluciona a integralidade do conflito.⁹⁰

Nos conflitos de natureza familiar, a conciliação poderá até ser vantajosa para que seja dada uma solução à demanda jurídica específica sem que haja a necessidade de imposição judicial, mas, nesses conflitos, é interessante que o direito busque não só resolver a questão pontual, mas também pacificar a relação litigiosa, garantindo células sociais saudáveis e harmônicas e evitando o surgimento de novas demandas, pois, como mencionado, estas partes, continuarão a se relacionar.

Para esses casos, o mecanismo de autocomposição mais indicado é o da mediação. Nessa técnica, o terceiro busca possibilitar a comunicação entre as partes. Cria-se um espaço para um diálogo aberto e profundo em que as partes têm a chance de expor as necessidades e anseios que ocasionaram aquela demanda judicial. Na mediação, foca-se menos no mérito e mais nas necessidades das partes.

O objetivo do mediador, por ser diferente do conciliador, exige que ele tenha uma atuação diferente. Maria Berenice Dias⁹¹ aponta que “[...] o mediador favorece o diálogo na construção de alternativas satisfatórias para ambas as partes. A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas”.

Para Roberto Bacellar⁹²:

[...] o desafio do mediador será o de buscar, por meio de técnicas específicas, uma mudança comportamental que ajude os interessados a perceber e a reagir ao conflito de uma maneira mais eficaz. Algumas vezes, a partir de uma adequada abordagem, altera-se a percepção sobre o conflito, e isso pode ser bom e construtivo. A conversa desenvolvida no processo consensual da mediação servirá para esclarecer situações, recuperar a comunicação direta, eliminar ruídos e falhas verificadas na comunicação anterior e pode até melhorar o relacionamento entre os interessados nas suas relações posteriores.

⁹⁰ BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.119.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 66.

⁹² BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

Constata-se que a mediação visa de fato reparar a relação, permitindo que as partes tratem do conflito como um todo, abordando as causas mais íntimas que afloraram e culminaram naquela demanda judicial. O foco da mediação é o futuro, é a harmonização definitiva da relação.

Nessa medida, constitui pressuposto da mediação a relativização da dicotomia certo/errado que funda o sistema legal; dá-se atenção mais ao futuro da relação (em termos de restauração de harmonia) do que propriamente à retrospectiva do conflito em si; assim, por exemplo, o debate sobre quem deixou de cumprir a obrigação pode até ocupar certo espaço, mas não chega a merecer maior destaque do que a busca de uma solução futura.⁹³

A mediação é, portanto, uma grande ferramenta do direito das famílias. Por vezes, tudo o que os litigantes precisam é de um ambiente mais favorável ao diálogo. A participação de um terceiro, alheio ao problema e que não se apresenta como uma autoridade que irá definir o futuro das partes, ajuda a clarear a visão do problema e permite que as partes se desarmem.

Tanto a mediação como a conciliação podem ser realizadas de maneira judicial ou extrajudicial. Contudo, Fernanda Tartuce⁹⁴ assinala que os métodos aplicados de maneira extrajudicial demonstram maior eficácia. Isso se deve ao fato de que, no curso do processo, há uma série de restrições às técnicas, inclusive um limite temporal e espacial. Na prática, disponibiliza-se em torno de 30 minutos para as práticas conciliatórias, o que não permite o diálogo necessário.

Sobejam casos em que as pessoas não se falam nem se escutam eficientemente há considerável lapso temporal. Embora elas se recusem a conversar no dia a dia, acabam sendo intimadas para uma audiência conciliatória agendada com previsão de poucos minutos de duração. No contexto judicial, espera-se que elas ajam – rapidamente! – superando as resistências e engajando-se em negociações que gerem transações aptas a extinguir o processo. Como esperar que em situações assim o resgate da comunicação e o alcance do consenso sejam viáveis? Haja otimismo!⁹⁵

Já extrajudicialmente é possível conferir a atenção e o tempo necessários à cada situação. A fim de garantir a aplicação das práticas conciliatórias, o magistrado

⁹³ TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família** - Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 107.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 103.

⁹⁵ *Ibidem*.

pode inclusive suspender o processo e conceder um tempo para que as partes busquem estes mecanismos facilitadores do diálogo, do consenso e da autocomposição e, posteriormente, o juiz poderá homologar os acordos firmados, concedendo segurança jurídica às partes e confirmando que não houve negociação de direitos indisponíveis.

Por todo o exposto, verifica-se que a conciliação, ao permitir um maior exercício da autonomia da vontade, além de contribuir para a diminuição de demandas a serem apreciadas pelo poder judiciário, é uma técnica que pode contribuir para a melhor solução de certos conflitos familiares.

A sua desvantagem seria a de não conferir atenção à raiz do conflito, permitindo que este continue latente. Nesse sentido, a mediação, além de apresentar as mesmas vantagens da conciliação, vai além, sendo, portanto, mais adequada aos conflitos de natureza familiar, devendo ser estimulada sempre que possível.

Silvio Venosa⁹⁶ lembra que “[...] deve sempre ser lembrado pelo juiz e pelo advogado, bem como pelo membro do Ministério Público, que toda sentença decorrente de um conflito de família é parte de um trágico drama. Deve ser criado um amplo espaço de atuação para os mediadores e conciliadores”.

Seguindo essa ideia de “criar espaço” para práticas consensuais, a Resolução 125, de 2010, do CNJ não só deu credibilidade a outras formas de solução de conflitos como também representou uma abertura para se repensar o Direito. Houve o reconhecimento de que o acesso à justiça, princípio constitucionalmente garantido, vai além de uma mera apreciação do conflito pelo Poder Judiciário, pois é, acima de tudo, o direito a decisões justas e soluções efetivas.

O Código de Processo Civil também estimula que se continue a buscar ferramentas que ampliem a efetividade do direito, quando usa a expressão “[...] e outros métodos de solução consensual”, em seu artigo 3º.⁹⁷

No direito de família, essa busca por novas técnicas que auxiliem a atuação do poder judiciário exige um repensar do direito processual sob a ótica do afeto, elemento essencial e constituidor nas relações familiares. Se a afetividade norteia todo o direito

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v. 5. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 15.

⁹⁷ BRASIL. **Lei n.º 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/l13105.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

material de família, é preciso que ela seja levada em conta nos mecanismos processuais também.

Ter instrumentos processuais que confirmem atenção à afetividade, aos sentimentos e às emoções é fundamental para uma solução eficaz de conflitos. Assim, este trabalho irá analisar a eficácia e aplicabilidade das práticas sistêmicas nos conflitos familiares como ferramenta que abrirá maior espaço para a mediação e para a conciliação, bem como para uma maior satisfação com o desfecho do processo.

Nos casos em que o litígio é tão acirrado e tão recheado de mágoas e ressentimentos, as partes sequer cogitam o uso da conciliação e da mediação. É nesse cenário que se analisa a atuação das práticas sistêmicas como instrumento que minimiza os rancores entre as partes e que cria nelas a intenção de solucionar o litígio e pacificar a relação familiar.

Assim, em conformidade com a Resolução 125, de 2010, do CNJ, o presente estudo busca ampliar as possibilidades de atuação do poder judiciário e abrir espaço para mediações e conciliações no direito das famílias, a fim de promover soluções de conflitos mais humanizadas que reforcem o afeto nas relações familiares.

2.4 Uma análise axiológica do atual direito para as famílias brasileiras

O final do século XX e o início do século XXI tiveram como marco as constantes lutas sociais na defesa dos direitos e garantias fundamentais. Como reflexo dessa luta, muitas foram as conquistas. No Brasil, esse contexto resultou na promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, de forte caráter garantista e norteado pelo princípio da dignidade humana.

Essa nova direção fez com que o papel do direito evoluísse ao longo do tempo, não se limitando mais a ser uma ferramenta de controle e de poder. Nas sociedades contemporâneas, o seu fundamento continua, sim, sendo o de estabelecer uma ordem, mas a ordem estabelecida precisa levar em conta, cada vez mais, a satisfação dos cidadãos, devendo ser garantidora da realização individual e coletiva das pessoas, almejando sempre a construção de uma sociedade harmônica e justa.

A observação leva-nos ver que, feita a abstração do problema da universalidade e racionalidade do conceito de justiça, nenhum homem pode sobreviver numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador do seu universo moral, foi destruída, pois a carência de

sentido torna a vida insuportável. Ao menos nesses termos existenciais é de reconhecer que a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir. Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem *sentido* a obrigação de respeitá-lo. Ou seja, a perda ou a ausência do sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade, cujo senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento.⁹⁸

O direito das famílias foi profundamente influenciado por essas conquistas e passou a ter o princípio da dignidade humana como principal norteador. Os elementos basilares, como o próprio conceito de família e a finalidade última da sua constituição e preservação, alteraram-se ao longo da história. Diferentemente do que ocorria em um passado recente, na sociedade do século XXI, prevalece a família constituída pelo afeto e cuja principal função é a de promover a felicidade e realização pessoal de seus integrantes.

O princípio da dignidade humana não possui um conceito objetivo, e a sua interpretação e aplicação dependem da forma com que foi introduzido em cada um dos ramos do direito. Conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, no direito das famílias, a preocupação com a dignidade humana representou a valorização do afeto, da solidariedade e da igualdade na esfera familiar, bem como a proteção da criança e do adolescente e a obrigação de paternidade responsável.

Todavia, se por um lado a positivação dos direitos e garantias fundamentais apresentou-se como uma vitória, a sua efetivação, na realidade prática da sociedade, passou a ser o novo desafio. Afinal, de que serve o reconhecimento de um direito se não é possível vê-lo operando na prática?

Nesse sentido, este capítulo teve como objetivo demonstrar a ineficácia da justiça em assegurar direitos essenciais às famílias brasileiras, em razão de alguns aspectos da atuação judiciária na solução de conflitos no âmbito familiar. Essa constatação indica a inevitável necessidade de se repensar o direito e de se propor novas abordagens.

Contudo, antes de buscar novas técnicas ou uma nova forma de atuação que garanta a promoção de justiça, é preciso identificar as razões pelas quais o atual proceder judiciário se demonstra falho. Só será possível propor uma solução e suprimir as deficiências do atual sistema se antes forem reconhecidas as causas da

⁹⁸ FERRAZ JR, Tercio S. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 318.

sua insuficiência. As insuficiências do sistema, por sua vez, estão intimamente ligadas à própria razão de ser do direito e à sua dimensão axiológica.

O aspecto valorativo do direito confere à ciência jurídica o seu fundamento, são os valores que determinam os preceitos jurídicos e os fatos que os condicionam, tanto na sua gênese como na sua ulterior aplicação. O direito tem fundamento quando assegura um valor essencial à sociedade.⁹⁹

No direito das famílias, tem-se o afeto como valor, como principal constituidor das relações. Além disso, tem também o princípio da dignidade humana como um vetor, de modo que a finalidade última da entidade familiar é promover o desenvolvimento pessoal dos indivíduos por meio do amparo material e emocional.

Todavia, ao analisar os institutos jurídicos brasileiros de solução de conflitos, o que parece é que o direito se tornou uma ciência extremamente apegada a um rigor técnico e formal, deixando de lado os aspectos que o classificam como ciência humana. Parte-se do pressuposto de que o ser humano, por ser racional, ao ser orientado por um código de conduta, é capaz de analisar e sintetizar o mundo e de ter ações puramente pautadas nesse intelecto.

Se considerássemos apenas o aspecto racional dos seres humanos, o comportamento dos indivíduos seria puramente lógico e os atos praticados seriam sempre compatíveis com a vida em comunidade. Isso porque é vivendo em comunidade que a pessoa encontra as condições mais propícias, não só para a sua sobrevivência, mas principalmente para sua evolução. As sociedades se formam pela união de vários indivíduos que buscam, por meio da vida compartilhada, atingir o seu desenvolvimento máximo.

“É um fato de nossa experiência que o homem depende do meio social para desenvolver o seu potencial criador e manter o equilíbrio psíquico. É no contexto da sociedade onde vai buscar os recursos que lhe são indispensáveis.”¹⁰⁰

Contudo, a alta atuação do Poder Judiciário revela que a conduta humana não é mecânica e que, apesar de a racionalidade humana permitir que os indivíduos assimilem as regras estabelecidas, bem como as consequências de seu descumprimento, a razão não age de forma isolada na determinação do comportamento.

⁹⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 568.

¹⁰⁰ NÁDER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 40.

A sociedade brasileira tem na família a sua unidade mínima, cuja importância lhe concedeu proteção constitucional. As relações familiares se diferenciam das demais relações jurídicas por envolverem sentimentos e emoções como o amor e a mágoa, de modo que, quando um litígio é instaurado, ele possui causas que vão além de questões jurídicas. Por esse motivo, é que uma atuação judiciária, que dependa de uma racionalidade absoluta entre as partes, não se demonstra capaz de solucionar de maneira eficaz os conflitos.

Enquanto o direito material de família tem demonstrando esse entendimento, partindo cada vez mais de uma percepção da pessoa humana como ser complexo, que tem sentimentos e emoções, e tem conferido um reconhecimento jurídico a esses aspectos humanos, o atual proceder do poder judiciário na solução de conflitos familiares ainda se mantém distante de muitos aspectos que fazem parte de nossa natureza.

Em parte, isso se deve ao fato de que os afetos foram desprestigiados ao longo de uma constituição social que supervalorizou a racionalidade em detrimento da dimensão emocional e sentimental dos seres humanos. O processo civilizatório seguiu uma razão instrumental e buscou enquadrar os seres humanos às necessidades da sociedade, contando sempre com a racionalidade como elemento supremo e suficiente para garantir que os indivíduos agissem conforme o interesse social.

Sobre o processo civilizatório, Zygmunt Bauman¹⁰¹ afirma que:

‘A civilização se constrói sobre uma renúncia ao instinto.’ Especialmente – assim Freud nos diz – a civilização (leia-se: a modernidade) ‘impõe grandes sacrifícios’ à sexualidade e agressividade do homem. ‘O anseio de liberdade, portanto, é dirigido contra formas e exigências particulares da civilização ou contra a civilização como um todo.’ E não pode ser de outra maneira. Os prazeres da vida civilizada, e Freud insiste nisso, vêm num pacote fechado com os sofrimentos, a satisfação com o mal-estar, a submissão com a rebelião.

A civilização – a ordem imposta a uma humanidade naturalmente desordenada – é um compromisso, uma troca continuamente reclamada e para sempre instigada a se renegociar. [...] ‘O homem civilizado trocou um quinhão das suas possibilidades de felicidade por um quinhão de segurança.’ Por mais justificadas e realistas que possam ser as nossas tentativas de superar defeitos específicos das soluções de hoje, ‘talvez possamos também familiarizar-nos com a idéia de que há dificuldades inerentes à natureza da civilização que não se submeterão a qualquer tentativa de reforma.’

¹⁰¹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 8.

Contudo, conforme mencionado, a alta demanda do poder judiciário por si revela que a dimensão racional da pessoa humana não é suficiente para garantir a conduta desejada pelo direito e essa percepção da pessoa humana como ser racional é incompatível como os fundamentos do direito contemporâneo.

O judiciário ameaça o cidadão de sanções pecuniárias, caso este não cumpra obrigações afetivas. O direito apresenta o litígio marcado pela polarização de pais e filhos como único meio hábil de assegurar os direitos fundamentais da prole, como os alimentos, por exemplo. A justiça impõe a solidariedade ao invés de fomentá-la. Os operadores do direito envolvidos na demanda judicial não enxergam a pessoa humana em cada um dos polos da ação e, sim, adversários em que o ganho de um é necessariamente a derrota do outro.

A atuação judiciária tenta se comunicar apenas com a racionalidade humana, deixando de considerar a carga emocional que envolve o litígio e todos os sentimentos que permeiam os fatos jurídicos. Ao que parece, falta à atuação judiciária a reconhecimento das emoções humanas como elemento relevante na análise do conflito.

É claro que a atuação do judiciário precisa ter conformidade quanto ao aspecto normativo, mas sentenças jurídicas tecnicamente pertinentes não são por si só suficientes para fundamentar a experiência jurídica e garantir a sua eficácia. A razão de ser do direito não é tecnicamente pôr fim ao processo e, sim, efetivamente solucionar o litígio, pacificando a relação dos envolvidos. É somente por meio da promoção de harmonia familiar que o direito assegurará a solidariedade familiar, a paternidade responsável, a igualdade e tudo que decorre da ideia de dignidade humana.

Verificamos, portanto, que a insuficiência do atual sistema está na falta de habilidade em pacificar as relações, limitando-se à imposição de sentenças com base na pura aplicação da norma ao fato. A atuação judiciária tem sido dessa maneira, pois o direito tem tratado a pessoa humana como ser racional, conferindo pouca atenção à complexidade dos seres humanos e dos outros elementos que influenciam as suas condutas.

A limitação da atuação judiciária revela a falta de uma perspectiva mais humanitária, de um olhar que permita tratar as partes como pessoas humanas, considerando todos os aspectos dessa humanidade. Falta uma abordagem jurídica que procure tratar todos os aspectos do conflito instaurado, implicando em uma

apreciação que vai além dos aspectos técnicos da norma e que confirme o direito como valor.

Assim, a sentença judicial que guarda conformidade com o ordenamento, mas que deixa de promover a satisfação das partes ou que não se preocupa em assegurar a paz e a harmonia familiar, deixa de ter fundamento, deixa de ter razão de ser. A ação judiciária deve representar uma experiência axiológica concreta e não apenas o resultado de um silogismo.

A regra jurídica, portanto, deve ter, em primeiro lugar, este requisito: deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isto significa que não se legisla sem finalidade e que o Direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados.¹⁰²

Com o crescente deslocamento do fundamento do direito para a própria pessoa, a razão de ser da ciência jurídica passa a ser a de assegurar a realização pessoal e a felicidade dos indivíduos que formam a entidade familiar e a sociedade. Como bem aponta Miguel Reale¹⁰³, é uma tendência recente a inclinação de encontrar os fundamentos do direito no próprio ser humano.

Aqui, ocorre-nos lembrar que a própria palavra Justiça tem em sua raiz também o sentido de jus, de jungere – unir. Os homens mais se ligaram por forças míticas do que pela autoconsciência de sua própria valia. É só através do tempo que o Direito se humaniza, no sentido de encontrar em si mesmo, no próprio homem, as razões de sua gênese.

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988, ao colocar dignidade humana como o centro do direito contemporâneo, agiu nesse sentido. Por essa razão, o direito precisa partir da exata compreensão do que é a pessoa humana. Além disso, entender o que faz parte de nossa natureza, que elementos influem em nossos atos e condutas e como esses elementos se relacionam. Somente por meio dessa assimilação é que será possível compreender os conflitos, suas causas e a verdadeira pretensão das partes para, a partir daí, obter a solução que irá pôr fim ao conflito e curar as relações na família.

¹⁰² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 569.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 486.

Importa ressaltar que as ciências humanas não obedecem à mesma lógica das ciências naturais. Por ter uma essência valorativa e adotar sempre uma perspectiva axiológica, as ciências humanas não possuem o mesmo grau de certeza, merecendo ser constantemente revisadas a fim de estarem sempre visando promover um senso de justiça que se adeque aos anseios da comunidade a qual regula.

Quando as ciências sociais levantam a pretensão de ser tornarem não ideológicas, objetivas, evidentes, caem no ridículo mais penoso de sua própria construção histórica, porque acabam apenas encobrendo uma nova farsa. Estão apenas fazendo autodefesa, disfarçando novas formas de convencimento ao público, camuflando imposições que se desejariam inquestionáveis.

Derrubar uma ideologia também é um projeto ideológico, não porque acabaríamos com o fenômeno da ideologia ou porque não estaríamos comprometidos com alguma forma dela, mas simplesmente porque imaginamos estar imbuídos de uma contra-ideologia preferível. Dizemos “preferível” precisamente porque não saberíamos jamais demonstrar, apenas por argumentos objetivos, que seria “evidente”.¹⁰⁴

A lógica jurídica diverge das ciências naturais também pelo fato de que ela não só pode como deve ser revisada. Os princípios e “leis” que a regem são baseados na moralidade e nos costumes, de modo que estão em constante transformação. Ademais, em um mesmo momento histórico e cultural, é possível que casos semelhantes apresentem peculiaridades que provoquem uma distinção absoluta no fato jurídico.

Uma revisão na lógica jurídica atualmente aplicada se faz necessária, pois é possível que o Direito tenha se afastado da justiça exatamente por ter deixado de tratar o comportamento humano, considerando todos os elementos que o influenciam.

Nesse sentido, é a filosofia do direito que possibilita uma proposta investigatória das normas, das práticas, da sistemática e do modo de operação do sistema vigente. Assumindo um papel crítico, a filosofia distingue o operador do direito do pensador do direito e confere a este último um poder transformador.

Por não estar restrita ou vinculada aos fundamentos, conceitos e razões do sistema vigente, a análise filosófica ilumina a lógica jurídica, promovendo uma nova perspectiva para enfrentar os desafios que se apresentam, prevenindo que ocorra a derrocada dos paradigmas de direito e de justiça, por meio do aperfeiçoamento do

¹⁰⁴ DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985. p. 71.

direito e de seus mecanismos proporcionado por uma perspectiva universal e não setorial.

Assim, a fim de avaliar a eficácia dos mecanismos jurídicos aplicados na solução de conflitos no âmbito familiar, a reflexão filosófica acerca da natureza humana é essencial. Reflexão essa que, apesar de ser bastante antiga, apresenta-se como uma análise atual e necessária por nos permitir aferir acerca da evolução ou involução dos institutos jurídicos vigentes.

Se abandonar a ingenuidade e os preconceitos do senso comum for útil; se não se deixar guiar pela submissão às ideias dominantes e aos poderes estabelecidos for útil; se buscar compreender a significação do mundo, da cultura, da história for útil; se conhecer o sentido das criações humanas nas artes, nas ciências e na política for útil; se dar a cada um de nós e à nossa sociedade os meios para serem conscientes de si e de suas ações numa prática que deseja a liberdade e a felicidade para todos for útil, então podemos dizer que a Filosofia é o mais útil de todos os saberes de que os seres humanos são capazes.¹⁰⁵

É justamente a análise da natureza humana no pensamento clássico que permitirá compreender as causas do enfraquecimento ou ineficácia do sistema jurídico, bem como avaliar o seu compromisso com as questões sociais e, a partir dessa verificação, propor alternativas e novos mecanismos capazes de permitir uma atuação mais justa e humanizada do poder judiciário.

¹⁰⁵ CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 18.

3 A NATUREZA HUMANA E O DIREITO

As paixões, emoções, o afeto ou qualquer denominação que receba as experiências relacionadas aos sentimentos humanos são questões que estão na origem das reflexões filosóficas desde a origem da própria filosofia. Essas experiências fazem parte de nossa natureza? Qual é o impacto do afeto sobre nossas decisões? As paixões nos conduzem ou afastam da felicidade? É possível suprimir as paixões? São inúmeros os questionamentos sobre o tema e muito se buscou compreender sobre essa dimensão humana.

Este capítulo tem o foco de encontrar as respostas destas indagações no pensamento filosófico clássico. A grandeza do pensamento clássico é tamanha que constantemente a sociedade contemporânea busca nos debates da antiguidade a solução para questões atuais.

Com base na compreensão acerca da natureza humana e de como cada elemento humano exerce influência sobre o comportamento dos indivíduos, será possível analisar os mecanismos jurídicos de solução de conflitos existentes e resgatar os valores fundantes dos processos e institutos jurídicos, identificando a historicidade e a utilidade das definições, das práticas e das decisões jurídicas, devolvendo a estas o condão de promover paz, satisfação social e felicidade.

Diante disso, a reflexão acerca da natureza humana revelará as dimensões humanas e os fatores que determinam as nossas condutas, possibilitando, com isso, auferir se o direito sistêmico é uma abordagem adequada na solução de conflitos no âmbito familiar.

3.1 Uma revisão da natureza humana na Filosofia Clássica

Na Grécia antiga, Sócrates teria tomado a tão conhecida inscrição “conhece-te a ti mesmo”, da entrada do templo de Apolo em Delfos, como inspiração para construir sua filosofia. Em Fedro, de Platão, discutindo sobre a origem das brisas, fenômeno da natureza, o personagem de Sócrates declara:

Ora, eu não dedico o meu ócio a explicações desse gênero, e fica sabendo por que motivo, meu caro: ainda não consegui, até agora, conforme recomenda a inscrição delfica, conhecer-me a mim mesmo; por isso, vejo quanto seria ridículo, eu, que não tenho conhecimento

de mim mesmo, me dedicasse a estudar coisas que me são estranhas.¹⁰⁶

Divergindo da filosofia da época, cujo foco era a busca pelo fundamento de todas as coisas, a postura socrática e de seus sucessores revela uma busca pela razão das primeiras causas na própria compreensão do ser humano. A análise do que o homem é de fato tornou-se, a partir de Sócrates, objeto de reflexão dos grandes pensadores clássicos.

3.1.1 A alma humana: um diálogo entre as obras platônicas

Como é sabido, de Sócrates não possuímos nada escrito, mas da leitura das principais obras de seu discípulo é possível extrair muito sobre a natureza humana. Platão¹⁰⁷ compreende que o homem, assim como outros animais, é um ser animado, possui um corpo que se movimenta por si próprio, visto que não precisa de outro corpo para tal. Mas diferentemente dos outros seres animados, a alma humana seria composta por alguns elementos que não pertenceriam à alma dos outros seres animados.

No capítulo IV de *A República*, a teoria platônica da tripartição da alma nos revela os elementos que compõem o homem. Em comum com os demais seres animados, teríamos as partes irascível e concupiscível da alma, mas própria e exclusiva dos homens seria a parte racional. A parte irascível da alma seria aquela ligada ao sentimento de cólera, que garantiriam a defesa do homem. É o instinto de proteção, portanto, essencial para nossa sobrevivência, pois “[...] é a cólera que pega em armas a favor da razão.”¹⁰⁸

Já a parte concupiscível se movimenta em busca do desejo e do prazer e assim se torna responsável pela busca por alimentos, satisfação das necessidades e pela perpetuação da espécie, é o que Platão se refere como a busca da imortalidade física movida pelo amor. A geração seria o que tornaria os homens mortais em imortais, pois um corpo substituiria o outro sucessivamente. Essa busca pela imortalidade, apesar de ser algo bom e desejável, não seria impulsionada pela razão, visto que os animais

¹⁰⁶ PLATÃO. **Fedro**. Tradução de Pinharanda Gomes. 6. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000. p. 16-17.

¹⁰⁷ PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 167.

também buscam a perpetuação da espécie. Desse modo, conclui-se que é a parte concupiscível da alma que nos conduz à imortalidade.¹⁰⁹

Platão confere à razão uma posição de superioridade em relação às demais partes da alma. Esse entendimento é explícito tanto em *A República* quanto no mito do cocheiro¹¹⁰ e ocasiona a equívoca interpretação comum entre muitos autores de que o filósofo defende a supressão absoluta das emoções e dos sentimentos mais instintivos do homem, em especial da parte concupiscível da alma. Para muitos, Platão parece condenar o Amor.

Contudo, a presente exposição demonstrará que a leitura conjunta de diversas obras platônicas revela que sim, há uma supervalorização da razão, por esta ser a dimensão que diferencia o homem dos demais seres, mas a parte animal do homem também é essencial para a sua sobrevivência. Platão não só reconhece a natureza complexa do homem como afirma a necessidade da ação conjunta dos elementos da alma, em que uma parte gera equilíbrio na outra.

As reflexões em torno da parte concupiscível estão presentes em diversas obras de Platão, em que o diálogo gira em torno do Amor. Em *Fedro*, de fato, verifica-se uma concepção negativa do amor. Inicialmente, o personagem de Sócrates concorda com Lisíias de que a paixão é um estado de loucura e descontrole. Quando guiados pelos sentimentos ou emoções, as pessoas não fazem bons julgamentos, são incapazes de tomar decisões racionais e vivem sentimentos ruins em decorrência do amor, como, por exemplo, o egoísmo, o orgulho, o ciúme e a vaidade.

O amor é colocado como a causa do sofrimento, pois quem ama não tem controle e não tem ordem, de forma que acaba por afastar os indivíduos das amizades e impedir a evolução dos que amam.

Neste ponto, Lisíias concorda com Sócrates, para quem o amor é um desejo de alguma coisa, nascido da carência dessa coisa. Como toda carência é um defeito e, o defeito, semelhante a doença, o amor é uma doença e por isso, o amante necessita mais de piedade do que de inveja.”¹¹¹

¹⁰⁹ PLATÃO. **O Banquete**. Platão: Diálogos. Tradução de Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996. p. 107-117.

¹¹⁰ O mito do cocheiro, narrado em *Fedro* (PLATÃO, 2000, p. 58 -59), é uma comparação da alma humana com uma carruagem puxada por dois cavalos. O cocheiro corresponderia à alma racional. Assim como o cocheiro seria responsável por direcionar a condução da carruagem, a razão deveria conduzir a ação humana. Já os cavalos representariam os nossos sentimentos que, apesar de tenderem a nos levar por diferentes caminhos, seriam comandados pela razão.

¹¹¹ PLATÃO. **Fedro**. Tradução de Pinharanda Gomes. 6. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000. p. 26.

É por meio de uma interpretação conjunta dos diálogos Platônicos que se constata a concepção apresentada pelos personagens, visto que estes expressam impulsos puramente carnis desprovidos de qualquer razão e controle. Compreende-se que o Amor em Platão poderá se manifestar de diversas maneiras e em diferentes intensidades. De fato, algumas manifestações do Amor seriam reprováveis, pois gerariam relações destrutivas e afastariam os homens da virtude.

Mas haveria também uma visão positiva do amor percebida facilmente pela leitura de *O Banquete*. Haveria uma outra forma de amor digna do elogio, compatível com os deuses e com a razão, seria, sim, possível amar belamente.

Parece-me; caro Fedro, que não se procedeu bem quando se tomou aquela decisão inicial a respeito dos discursos que devíamos fazer. Pediu-se, efetivamente, apenas que cada um traçasse, da melhor maneira possível, um elogio a Eros. Ora, bem estaria que assim fosse, se existisse apenas um Eros. Sucede-se, porém, que há mais de um e, havendo mais de um, é mister saber a qual deles devemos louvar, a qual Eros devemos dirigir as nossas homenagens.¹¹²

A distinção entre as formas do amor é feita pelo personagem de Pausânias. Ele explica que o amor puramente sexual é uma das formas de Eros e não o Eros absoluto. Existiriam para ele dois tipos de Eros.

Todas as ações, com efeito, não são em si mesmas em sua pura realização, nem boas nem más; e sirva de exemplo o que agora nos encontramos entretidos a fazer: beber, cantar ou falar. Nada disto, tomado de modo absoluto, é belo, mas depende da maneira pela qual se realiza esta atividade para que se torne tal. Bela é a ação correta e boa; feia é aquela que é incorreta. O mesmo podemos estender ao amor, dizendo que ne todo Eros é em si mesmo belo e louvável, mas se torna belo e louvável unicamente quando nos encaminha para um amor que é belo e louvável.¹¹³

A primeira forma de Eros seria aquela que se aproxima de uma Afrodite terrestre, é o amor pelo corpo e assim como o próprio corpo tem fim, seja pela morte ou pelo envelhecimento, “[...] a Afrodite popular faz jus a seu nome; é verdadeiramente

¹¹² PLATÃO. **O Banquete**. PLATÃO: DIÁLOGOS. Tradução de Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996. p. 86.

¹¹³ *Ibidem*, p. 86.

vulgar e se realiza como por acaso; e é o amor com que os homens inferiores amam”.¹¹⁴

Já a segunda forma de Eros se aproximaria da Afrodite celeste, esse é o amor pela alma e é, portanto, eterno e bom. Esse amor “[...] não se excede na concupiscência”.¹¹⁵ A partir disto já se constata que, no pensamento platônico, o que se desestimula são as ações guiadas exclusiva e excessivamente pelos prazeres do corpo.

Na continuidade de Fedro, ocorre uma mudança de posicionamento de seu porta-voz, o personagem de Sócrates. Este passa a defender que o Amor é, na verdade, um Deus e que as loucuras do amor podem inclusive nos aproximar dos deuses. “Seria verdadeiro se a loucura fosse apenas um mal, mas acontece que muitos dos nossos bens nascem da loucura inspirada pelos deuses.”¹¹⁶

Esse entendimento é também afirmado pelo personagem Fedro de O Banquete. Para este último, o amor é uma força que leva ao sacrifício e aproxima os homens dos deuses. “Deus grande e admirado tanto pelas divindades como pelos homens é Eros. [...] Devemos honrá-lo e louvá-lo como a um dos mais velhos deuses”.¹¹⁷

Dos mitos de Platão muito se extraí sobre o seu pensamento, por meio da narração do mito da natureza humana¹¹⁸, o filósofo valida o concupiscível e também reconhece o poder do Amor na determinação da conduta.

Assim seccionada a natureza humana, cada uma das metades pôs-se a procurar a outra. Quando se encontram, abraçaram-se e se entrelaçaram num insopitável desejo de novamente se unirem para sempre. [...] E daí que se origina o amor que as criaturas sentem umas pelas outras; e esse amor tende a recompor a antiga natureza,

¹¹⁴ PLATÃO. **O Banquete**. PLATÃO: DIÁLOGOS. Tradução de Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996. p. 87.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ PLATÃO. **Fedro**. Tradução de Pinharanda Gomes. 6. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000. p. 53.

¹¹⁷ PLATÃO. **O Banquete**. PLATÃO: DIÁLOGOS. Tradução de Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996. p. 83.

¹¹⁸ No mito da natureza humana, Platão (1996, p. 95-98) narra que a natureza humana originária era diferente da que possuímos atualmente. A nossa forma seria composta por um dorso redondo, flancos em círculo, duas cabeças, quatro mãos e quatro pés. Essa forma circular tornava os homens mais fortes e vigorosos e em razão disso estes se voltaram contra os deuses. Como forma de punir os homens por essa rebeldia, o castigo aplicado pelos deuses foi cortar os homens ao meio tornando-os mais fracos. Desde então, os homens vivem uma eterna busca pela sua outra metade a fim de serem novamente completos e poderosos. O que move essa busca é o amor.

procurando de dois fazer um só, e assim restaurar a antiga perfeição.¹¹⁹

O amor é, portanto, a busca pela completude e é instintivo o movimento dos homens de buscar encontrar a sua metade. Por essa narrativa extraímos que o amor nos impulsiona a sermos a nossa melhor versão, aquela que possuíamos antes de sofrer o castigo divino. Dessa forma, esses movimentos gerados pelo sentimento de amor não são considerados ruins. Trata-se de um amor de alma, que faz parte de nossa natureza (originária) e que, uma vez reencontrada, reaproximar-nos-á da nossa forma perfeita.

É clara a compreensão do filósofo de que cada parte da alma humana é capaz de influenciar e até mesmo dominar a ação do homem e por essa razão é que o elemento racional recebe um valor elevado, pois é justamente a razão que nos permitirá equilibrar os impulsos das demais partes da alma.

A alma concupiscível é perigosa, podendo de fato levar a comportamentos destrutivos quando o elemento racional não consegue dosá-la e esta passa a determinar nossas ações de modo absoluto, mas, quando esses sentimentos estão em conformidade com o nosso elemento racional, irão nos conduzir ao bem.

Além dito, devemos refletir no seguinte: em cada um de nós existem dois princípios, de forma e de conduta, que seguimos para onde eles nos conduzem: um, inato, é o desejo do prazer, outro adquirido, que aspira sempre o melhor. Por vezes, estas duas tendências concordam em nós uma com a outra, mas, em certas ocasiões, verificamos que entram em guerra e que uma vez sai vencedora a primeira, outra vez a segunda. Posto isto, assentamos em que, quando sai vencedora a forma orientada pela razão, essa forma chama-se *temperança*; quando é o desejo que, destituído de razão, nos arrasta para os prazeres e nos conduz a seu belo talento, essa forma chama-se *gula*.¹²⁰

Assim, Platão revela a importância da relação travada entre os diferentes aspectos da alma tripartida. A conduta boa será aquela que decorre do autocontrole. A alma racional, é, portanto, não só o que nos difere dos demais animais, mas é também o elemento humano que nos confere a capacidade de discernir sobre o que é bom e mau e, a partir disso, agir.

¹¹⁹ PLATÃO. **O Banquete**. Platão: Diálogos. Tradução de Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996. p. 97.

¹²⁰ PLATÃO. **Fedro**. Tradução de Pinharanda Gomes. 6. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000. p. 38-39.

Sócrates – A temperança outra coisa não é que um domínio que se exerce sobre certos prazeres e paixões, como o indica – de uma forma que não considero exagerada – a expressão comum ‘senhor de si mesmo’ e outras semelhantes, que são, por assim dizer, vestígios desta virtude.¹²¹

Por vezes, estas duas tendências concordam em nós uma com a outra, mas, em certas ocasiões, verificamos que entram em guerra e que uma vez sai vencedora a primeira, outra vez a segunda. Posto isto, assentemos em que, quando sai vencedora a forma orientada pela razão, essa forma chama-se temperança quando é o desejo que, destituído de razão, nos arrasta para os prazeres e nos conduz a seu belo talento, essa forma chama-se gula.¹²²

Reconhecida a importância e imprescindibilidade das partes da alma humana comuns aos animais, o pensamento platônico demonstra que, agindo somente com estas partes da alma, o homem não exerceria a sua humanidade e reduziria sua existência a uma vida animal. Isso porque a parte irascível, ao evitar grandes perigos, levaria-nos a buscar sempre os caminhos mais fáceis, livrando-nos de grandes esforços, de forma que este proceder impossibilitaria qualquer tipo de progresso. Da mesma forma, os caminhos que promovem o desenvolvimento humano nem sempre são os mais prazerosos e, portanto, a parte concupiscível, agindo de modo absoluto, conduziria ao nosso desvio da evolução.

Para ser feliz e atingir uma realização plena, o homem não pode ser escravo do irascível e concupiscível. É justamente por meio dessa disciplina, dada pela parte racional aos aspectos animais, que o indivíduo alcança a amizade, a justiça e o conhecimento. Destaca ainda que esse autocontrole seria tarefa difícil e que somente seria possível por meio da educação. “Porém, quanto aos sentimentos simples e moderados que o raciocínio dirige e que acompanham a inteligência e a reta opinião, só os encontrarás em raras pessoas, aquelas que, dotadas de excelente caráter, foram formadas por uma excelente educação.”¹²³

O uso excessivo da parte irascível nos tornaria violentos, enquanto o uso a menor geraria indivíduos excessivamente pacíficos e indefesos. Tendo essa compreensão, Platão defende que haja harmonia dentro da alma que, por sua vez, é complexa. Essa harmonia seria atingida por meio da temperança e da moderação no uso de cada uma das partes da alma pelo homem. “A moderação consiste nessa

¹²¹ PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997. p. 152.

¹²² PLATÃO. **Fedro**. Tradução de Pinharanda Gomes. 6. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000. p. 39.

¹²³ PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997. p. 153.

concordia, harmonia natural entre o superior e o inferior quanto à questão de saber quem deve mandar, tanto na cidade como no indivíduo”¹²⁴

O personagem de Sócrates de *O Banquete* também traz essa ideia de equilíbrio ou intermediário ao falar do Amor. Por ser algo entre o bom e o mau, um deus e um mortal, o Amor seria então uma espécie de gênio, “Algo assim como a coisa que mencionamos antes: um meio-termo entre mortal e imortal.”¹²⁵ E sendo esse intermediário, esse equilíbrio, o Amor cumpre um papel de extrema importância na vida humana. Isso porque é justamente ele que coloca nos homens o desejo de imortalidade, tanto pelo caminho da reprodução, propiciando uma imortalidade física, quanto pelo caminho do desejo pelo conhecimento e pela beleza.

A sabedoria, efetivamente, é uma das coisas mais belas que há e Eros tem como objeto do seu amor precisamente o que é belo. Logo, devemos reconhecer que Eros é necessariamente um filósofo e como tal ocupa o meio-termo entre o sábio e o tolo. Isso, aliás, resulta de sua origem: Eros é filho de um pai sábio e ativo, e de uma mãe sem instrução nem iniciativa.¹²⁶

A noção de harmonia entre as partes também está presente em *Fedro*:

Não é ao desejo de comer bem, e que deseja sempre o melhor, que se chama glotonaria? A glotonaria serve precisamente para denominar de glutão o que possui esse desejo, e quando é o desejo de beber em excesso que domina, a esse desejo tirânico referimos o nome que serve de epíteto ao que se deixa dominar por essa tirania, e assim sucessivamente para todos os casos.
[...] O desejo que, desprovido de razão, atrofia a alma e esmaga o prazer do bem, e se dirige exclusivamente para os desejos próprios da sua natureza, cujo único objetivo é a beleza corporal, quando se lança impudicamente sobre ela, comporta-se de tal maneira que se torna irresistível, e é dessa irresistibilidade, dessa força destemperada, que ele recebe a denominação de Eros, ou de Amor.¹²⁷

A visão tripartida da alma em Platão representa o ser humano de forma integral, complexa e adequada. Assim, Platão reconhece que as emoções, afetos, instintos e os sentimentos são parte da pessoa humana e inerentes à sua natureza.

¹²⁴ PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997. p. 154.

¹²⁵ PLATÃO. **O Banquete**. Platão: Diálogos. Tradução de Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996. p. 108.

¹²⁶ PLATÃO. **O Banquete**. Platão: Diálogos. Tradução de Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996. p. 110.

¹²⁷ PLATÃO. **Fedro**. Tradução de Pinharanda Gomes. 6. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000. p. 40.

Desenvolvendo sua análise da alma humana a partir de uma comparação com a estruturação ideal da cidade Platão não nega a importância de nenhuma classe social, bem como das partes da alma. Afirma que cada uma possui o seu papel. O que importa é a forma com que esses elementos interagem entre si para formar o todo, indivíduo e cidade.

Como exemplo, observa-se que é preciso uma ação conjunta das partes racional e irascível para dominar a tendência concupiscente, para que esta não se manifeste de forma excessiva.

Sócrates – E estas duas partes assim educadas, realmente adestradas e instruídas para desempenhar o seu papel, dominarão e conterão o elemento concupiscente, que ocupa o maior espaço na alma e que, por natureza, é insaciável; irão vigiá-lo para evitar que, saciando-se dos prazeres do corpo, se desenvolva, revigore e, em vez de se ocupar da sua tarefa, busque subjugar e dominá-los – o que não convém a um elemento da sua espécie – e subverta toda a vida da alma.¹²⁸

Para Platão, o sucesso da cidade e a virtude no homem só ocorrerão na medida em que cada elemento cumpra a função que lhe compete. Ora, ao reconhecer que cada parte da alma exerce uma função própria, não se pode concluir que o filósofo defenda uma existência puramente racional.

Nesse mesmo sentido, o que o mito do cocheiro nos propõe não é a supressão dos sentimentos e, sim, o controle destes, afinal, sem os cavalos, a carruagem não sairia do lugar. É justamente por meio da alma racional que se faz uma dosagem do uso da alma irascível e concupiscível para seguir no caminho do bem e da verdade. A supressão de qualquer uma das partes da alma retiraria do ser humano capacidades essenciais para a sua sobrevivência e perpetuação da espécie, de modo que o que se almeja é atingir o equilíbrio na alma.

Ao contrário do que muitos autores alegam, Platão não tem desprezo pelo corpo, pelos sentidos e pelas emoções e isso se revela ao passo que a filosofia busca o bem e o belo e, conforme o exposto, é justamente o amor que faz com que tenhamos desejo pela sabedoria, impulsos para conhecer as virtudes.

Por esse motivo afirmo que todos os homens devem reverenciar a Eros; por esse motivo eu mesmo o reverencio e particularmente o

¹²⁸ PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997. p. 169.

cultuo; e por esse motivo o recomendo aos demais, e sempre, como agora, não me canso de elogiar, tanto quanto posso, o poder e a bravura de Eros.¹²⁹

O processo de conhecimento começa pelo corpo e, somente depois, é que vai para a alma. Assim, conclui-se que a pessoa humana é complexa e cada uma de suas dimensões é responsável em diferentes medidas pela conduta humana e exerce uma função que lhe é própria, de modo que nenhuma parte da alma é dispensável. É por meio da boa combinação desses elementos, do uso dos instintos e das emoções, sob à luz da racionalidade, que as pessoas terão ações que visem o bem.

Por essa razão, as experiências jurídicas devem considerar a pessoa humana na sua totalidade, como um ser que, apesar de ser racional, pode ser movido pelos impulsos das emoções e estas não podem e nem devem ser suprimidas, pois fazem parte de nossa humanidade. A ciência jurídica tem o desafio, portanto, de compreender as emoções humanas e, a partir dessa compreensão, conduzir as pessoas ao bem comum.

3.1.2 As paixões em Aristóteles

Aristóteles se diferenciou de seus antecessores ao dar grande importância a *práxis*, defendendo que o conhecimento deve ser capaz de gerar ações. Segundo Enrico Berti¹³⁰, foi o primeiro a adotar a locução “filosofia prática”.

A filosofia prática, portanto, tem em comum com a teórica o fato de procurar a verdade, ou seja, o conhecimento de como são efetivamente as coisas, e também a causa de como são, ou seja, o fato de ser ciência. Sua diferença em relação à filosofia teórica é que, para esta última, a verdade é fim para si mesma, enquanto para a filosofia prática a verdade não é o fim, mas apenas um meio em vista de outro, ou seja, da ação, sempre situada no tempo presente, não alguma coisa já existente, mas que deve ser feita agora. Enquanto, em suma, a filosofia teórica deixa, por assim dizer, as coisas como estão, aspirando apenas conhecer o porquê de estarem em certo modo, a filosofia prática, ao contrário, procura instaurar um novo estado de coisas, e procura conhecer o porquê do seu modo de ser apenas para transformá-lo.

¹²⁹ PLATÃO. **O Banquete**. Platão: Diálogos. Tradução de Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996. p. 117.

¹³⁰ BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 23.

Essa filosofia ligada à *práxis* de Aristóteles é claramente percebida na sua concepção de virtude, uma vez que nos tornamos virtuosos pela prática do ato virtuoso. Em outras palavras, não basta ter o conhecimento sobre a virtude para ser digno do elogio, pois é por meio da ação que ela é de fato alcançada. Segundo Tércio Ferraz¹³¹, Aristóteles tem a virtude como uma disposição permanente do homem. Virtuoso é aquele que está disposto a praticar reiteradamente atos de virtude. Trata-se da virtude como decorrência do hábito.

Nota-se a preocupação com a conversão do conhecimento em ação, ao passo que uma de suas principais obras, *Ética a Nicômaco*, constitui um verdadeiro manual de conduta como guia para a prática de atos justos, valorizando o papel da educação no conhecimento da virtude e na prática de atos que visem o bem.

Aristóteles dedica uma reflexão às mais diversas virtudes necessárias, a fim de compreender melhor a felicidade que, por sua vez, seria “[...] uma atividade da alma conforme a virtude perfeita.”¹³² A felicidade é o sumo bem visto que somente ela tem um fim em si mesma e “[...] quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo como os homens de cultura superior dizem ser esse fim a felicidade e identificam o bem viver e o bem agir como o ser feliz.”¹³³

A reflexão em torno da felicidade e das virtudes se inicia a partir da compreensão da alma humana, pois “[...] por virtude humana entendemos não a do corpo, mas a da alma; e também à felicidade chamamos uma atividade de alma”.¹³⁴

Assim como Platão, Aristóteles também faz uma divisão na alma humana em uma parte que é provida de razão e outra desprovida dessa capacidade, estabelecendo que, por ser a razão o elemento diferenciador do homem e dos demais seres, a grande tarefa do homem virtuoso dependeria do bom exercício da razão.

Partindo da ideia de que as virtudes estariam associadas a um meio-termo entre o excesso e a falta de todas as coisas e afirmando que, para conhecer as virtudes, é necessário encontrar esse meio-termo entre dois opostos, Aristóteles ensina que agir nesta justa medida dependeria da forma como os elementos que compõem a natureza humana se relacionam.

¹³¹ FERRAZ JR, Tercio S. **Estudos de Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 163.

¹³² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro I. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 19.

¹³³ *Ibidem*, p. 5.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 19.

Comecemos, pois, por frisar que está na natureza dessas coisas o serem destruídas pela falta e pelo excesso, como se observa no referente à força e à saúde (pois, a fim de obter alguma luz sobre coisas imperceptíveis, devemos recorrer à evidência das coisas sensíveis). Tanto a deficiência como o excesso de exercício destroem a força; e, da mesma forma, o alimento ou a bebida que ultrapassem determinados limites, tanto para mais como para menos, destroem a saúde ao passo que, sendo tomados nas devidas proporções, a produzem, aumentam e preservam. O mesmo acontece com a temperança, a coragem e as outras virtudes, pois o homem que a tudo teme e de tudo foge, não fazendo frente a nada, torna-se um covarde, e o homem que não teme absolutamente nada, mas vai ao encontro de todos os perigos, torna-se temerário; e, analogamente, o que se entrega a todos os prazeres e não se abstém de nenhum torna-se sem limite, enquanto o que evita todos os prazeres, como fazem os rústicos, se torna de certo modo insensível.¹³⁵

A alma humana é formada por três espécies de coisas: as paixões, as faculdades e as disposições de caráter. As paixões seriam os mais variados sentimentos, todos aqueles que se associam às sensações de prazer e de dor e que ocorrem de modo natural, ou seja, não os escolhemos. As paixões motivam os seres humanos e influenciam diretamente nossas ações. As faculdades seriam o elemento humano que nos permite sentir as paixões, enquanto as disposições de caráter seriam a forma com que nos posicionamos diante delas.¹³⁶

Para definir o meio termo e agir conforme essa mediana, o homem precisa compreender as paixões que experimenta, isso porque a virtude está sempre relacionada à forma com que sentimos os prazeres e as dores. A virtude não seria a ausência de prazer ou dor, visto que não só quando sentidas em excesso, mas também quando são evitadas ou suprimidas, as paixões causam os vícios. A virtude estaria na capacidade de sentir as paixões de maneira equilibrada, na justa medida.

Observa-se que dentre os três elementos, o único que dependeria de uma escolha seriam as disposições de caráter. É justamente por meio dessa espécie de coisa que o homem consegue deliberar, cumprir a sua principal função que é usar a razão para encontrar a justa medida, tanto dos prazeres quanto da dor, e identificar o que seria o bom ou o mau uso das suas paixões.

Acréscce que o agradável e o doloroso cresceram conosco desde a nossa infância, e por isso é difícil conter essas paixões, enraizadas

¹³⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro II. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 23-24.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 27.

como estão na nossa vida. E, alguns mais e outros menos, medimos nossas próprias ações pelo estalão do prazer e da dor. Por esse motivo, toda a nossa inquirição girará em torno deles, já que, pelo fato de serem legítimos ou ilegítimos, o prazer e a dor que sentimos têm efeito não pequeno sobre as nossas ações.¹³⁷

Aristóteles não tem a pretensão de desqualificar ou condenar as emoções, que são uma tendência natural da pessoa humana. Conforme verifica-se no trecho supracitado, é incontroverso que elas fazem parte de nossa natureza, estão enraizadas em nós. Das emoções não podemos e nem devemos nos desfazer. Não é a razão pura que nos conduz à felicidade, mas, sim, o bom uso da razão para compreender as paixões, encontrando o meio-termo de cada uma delas.

Na concepção de vida ética aristotélica, as paixões são elementos essenciais para a edificação do sujeito virtuoso, cabendo a nós, homens, nos responsabilizarmos pela educação dessas tendências que estão implantadas em nossa natureza, isto é, somos responsáveis pelo mau uso que delas podemos fazer. Essa educação, porém, não é uma simples repressão dos desejos insaciáveis e que quer se alimentar de tudo, mas deve considerar o *páthos* como algo em consonância com o *lógos*, em que o papel deste consiste exatamente em escolher os fins e proporcionar-se os meios. A virtude é o resultado do exercício da razão no homem.

Devemos aprender a viver em conformidade com o *lógos*, mas sem esquecer que as paixões continuam sendo a matéria de nossa conduta – e que só a propósito de seres passionais se pode falar em conduta razoável. Paixão e razão são inseparáveis, assim como a matéria é inseparável da obra e o mármore da estátua.¹³⁸

Esse entendimento também fica claro quando afirma que as partes racional e irracional da alma são “[...] distintas como as partes do corpo ou de qualquer coisa divisível, ou distintas por definição, mas inseparáveis por natureza.”¹³⁹ As paixões nos movem e são difíceis de conter, por isso a excelência moral está em saber escolher.

Além disso, o meio-termo que corresponde à virtude não é absoluto. A mediana de dois opostos poderá variar de acordo com as condições de cada situação e será diferente para cada pessoa, dependendo, portanto, das peculiaridades de cada

¹³⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro II. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 25.

¹³⁸ LEBRUN, G. O conceito de paixão. In: **Os sentidos da paixão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 22.

¹³⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro II. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 20.

indivíduo. Assim, a capacidade de deliberar corretamente é que terá como consequência a ação virtuosa.

Por exemplo, tanto o medo como a confiança, o apetite, a ira, a compaixão, e em geral o prazer e a dor, podem ser sentidos em excesso ou em grau insuficiente; e, num caso como no outro, isso é um mal. Mas senti-los na ocasião apropriada, com referência aos objetos apropriados, para com as pessoas apropriadas, pelo motivo e da maneira conveniente, nisso consistem o meio termo e a excelência característicos da virtude.¹⁴⁰

Não escolhemos ter as paixões, mas podemos escolher o modo de senti-las. Essa escolha não é intuitiva, ela deve ocorrer a partir do uso da razão, sendo, portanto, uma deliberação prudencial. A *práxis* aristotélica revela o caminho para a felicidade, pois é feliz aquele que é capaz de deliberar de modo correto o que é bem ou mal para si.

A presença da paixão como um elemento essencial da ação moral faz com que a tarefa da ética seja educar nosso desejo para que não se torne vício e colabore com a ação feita por meio da virtude. Em outras palavras, Aristóteles não expulsa a afetividade, mas busca os meios pelos quais o desejo passional se torne desejo virtuoso¹⁴¹

O que Aristóteles nos ensina é que devemos aprender a lidar com os nossos sentimentos. Não agimos bem ou mal em razão das paixões em si, mas em razão de como nos portamos em relação a elas. Podemos usar as nossas emoções como potencializadoras de boas ações, bastando que o sentimento seja experimentado na medida que nossa razão nos indica como sendo a medida ideal.

A conduta ética e virtuosa pautada no saber escolher reafirma a importância do “conhece-te a ti mesmo”, da inscrição do templo de Apolo em Delfos, pois a boa escolha certamente depende de um autoconhecimento, da compreensão de suas paixões e da medida em que se manifestam.

A educação é mais do que a simples repressão dos desejos. Ela deve levar os “homens bem-nascidos” a dominar suas paixões, isto é, a torná-los aptos a utilizá-las adequadamente. No homem bem-educado, o *páthos* não é uma força que colocará permanentemente obstáculos à alma razoável: ele está a serviço do *lógos* e em

¹⁴⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro II. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 29.

¹⁴¹ CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 444.

consonância com ele. A boa educação faz de mim um ser tão perfeitamente 'condicionado' que as paixões estão permanentemente à minha disposição.¹⁴²

Assim como um agir sem razão reduziria nossa existência a uma realidade puramente animal, pretender suprimir as paixões, como querem algumas correntes filosóficas, também seria retirar dos homens parte de sua essência. A cólera, o medo, a audácia, a inveja, a alegria, a amizade, o ódio, o desejo, a emulação, e a compaixão, dentre outras paixões, representam uma parte da natureza humana da qual não podemos nos dissociar, as quais influenciam diretamente nosso comportamento e nossas ações.

Não é possível eliminar as experiências de prazer e de dor, estas estarão sempre presentes, de modo que devemos buscar compreender esses sentimentos para então saber lidar com eles, somente assim é que será possível deliberar em direção de uma conduta virtuosa.

Assim, o direito deve conferir este olhar às pessoas e partir do pressuposto de que em todo litígio, além de questões técnicas e jurídicas, encontram-se experiências de prazer e de dor, sentimentos e emoções que direcionam o comportamento. A partir dessa percepção, será possível tratar todas as causas do conflito e efetivamente promover a construção de uma sociedade harmônica.

3.2 As emoções como objeto de estudo do direito

Da análise da natureza humana no pensamento clássico, constatou-se que tanto a racionalidade quanto os sentimentos fazem parte de nossa humanidade, de nossa natureza. A razão e a emoção são experiências interdependentes. Não é a emoção que gera más decisões, mas uma emoção distorcida, excessiva, incompreendida ou até mesmo a falta dela.

Encontramos no pensamento clássico reconhecimento e validação dos sentimentos como parte de nós, bem como a ideia de racionalização das emoções. Isso seria ter uma postura racional sobre a emoção, o que nada mais é do que usar o conhecimento sobre o objeto, buscando compreender aquilo que se sente, criando

¹⁴² LEBRUN, G. O conceito de paixão. In: **Os sentidos da paixão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 21.

boas razões ou justificando o uso dessas emoções. Dessa forma, seria possível utilizar a emoção na medida em que ela possibilite a prática de bons atos.

Conforme exposto no capítulo anterior, o direito vem desconsiderando o impacto das emoções nas ações. Demasiadamente preocupados com os rigores formais da atividade judiciária, os operadores do direito almejam sentenças e não soluções, de modo que o direito se distanciou de sua verdadeira finalidade, qual seja: a promoção do bem-estar social.

Na justiça familiar, a sobrecarga do judiciário revela que os mecanismos de solução de litígios tradicionais não têm tido a eficácia desejada e o conflito permanece latente, contribuindo para a perpetuação do elevado número de demandas.

Os processos e instrumentos de solução de conflitos partem do litígio já instaurado e não buscam compreender a origem e causas do conflito de modo que não conseguem atingir os propósitos para os quais foram constituídas e estabelecidos. Teórica e praticamente, o Estado, na função jurisdicional, tem a missão de pacificar os litigantes e, distribuindo justiça, definir os rumos da controvérsia. Se a missão propalada é pacificar, é essencial verificar os interesses dos indivíduos envolvidos na crise e identificar qual pode ser a melhor saída para, em uma perspectiva de futuro, definir a relação jurídica entre os sujeitos ali em diante.¹⁴³

Não é suficiente estabelecer um conjunto de regras e imposições e esperar que as pessoas cumpram imediatamente essas disposições. Os conflitos ocorrem porque a cólera, o ódio, a tristeza e o medo são disparados diariamente em nós, nas atividades mais comuns do dia a dia.

O comportamento conflituoso ou contrário à norma pode ter raízes emocionais e revela a incapacidade do indivíduo em controlar o sentimento ou suprimi-lo a qualquer custo, como esperado pela norma imposta. Por essa razão, a atuação do direito será melhor na medida em que disponibilizar meios de compreensão da origem ou das causas dos conflitos e das infrações, ou seja, possibilitar a compreensão da emoção por trás dos atos indesejados, pois é na causa do problema que se encontra a sua verdadeira solução.

No próprio pensamento platônico, encontramos a ideia da desordem emocional como sendo causadora da injustiça:

¹⁴³ TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família** - Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 435.

Sócrates — Pode a injustiça ser outra coisa que não uma sublevação dos três elementos da alma, uma confusão, uma usurpação das suas respectivas tarefas, a revolta de uma parte contra o todo para conquistar uma autoridade à qual não tem direito, visto que a sua natureza a destina a obedecer àquela que foi gerada para governar? E daí, afirmamos nós, é dessa perturbação e dessa desordem que se origina a injustiça, a intemperança, a covardia, a ignorância, enfim, todos os vícios.¹⁴⁴

A eficácia dos mecanismos jurídicos será medida pela sua capacidade de educar, de trazer conhecimento àquele indivíduo que não se porta como o esperado, pois somente por meio da compreensão de si mesmo, da razão de seus comportamentos, dos seus impulsos e instintos é que será possível utilizá-los da maneira correta. O direito tem tratado os homens como seres pensantes, mas somos também seres passionais.

Os institutos jurídicos precisam reconhecer os aspectos conscientes e inconscientes da nossa existência. A força da dimensão emocional na determinação do comportamento humano é incontestável, uma vez que a grande maioria das infrações e conflitos estão direta ou indiretamente associadas a sentimentos. Somente por meio desse novo olhar, do ser humano em sua completude, como um ser constituído e movido pela razão e pela emoção, é que será possível regular e direcionar a conduta em sociedade.

“O Direito deve ser contemplado, hodiernamente, não apenas como órgão dissipador de conflitos. A sua missão atual deve ser também a de promover a pessoa humana, dando-lhe condições para desenvolver o seu potencial de vida e cultura.”¹⁴⁵ Propor que o Direito direcione um olhar mais atento à natureza humana afetiva e às emoções que involuntariamente sentimos e que nos movimentam é defender a humanização de uma ciência que é elementarmente humana.

A inequívoca constatação de estarmos inseridos em uma sociedade adoecida emocionalmente tem promovido uma mudança de postura nas mais diversas áreas. A inteligência emocional se tornou uma preocupação das escolas. A busca por tratamentos psiquiátricos e acompanhamentos psicológicos é crescente e isso se revela na medida em que houve um crescimento exponencial da psicologia, bem como da especialidade médica de psiquiatria.

¹⁴⁴ PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997. p. 173.

¹⁴⁵ NÁDER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 42.

Nesse cenário, as práticas terapêuticas também vão ganhando espaço e sendo cada vez mais procuradas, o que demonstra que a sociedade vem reconhecendo a importância de conceder um olhar ao estado interior. Naturalmente, o direito também deverá acompanhar esse movimento e essa transformação.

O Direito Positivo se apresenta na sociedade como um processo de adaptação social, isto porque é criado como fórmula da segurança e da justiça. Como todo processo de adaptação, o Direito é elaborado em função de uma necessidade. Não fora a carência social de disciplina e de distribuição de justiça, razão não existiria para se cogitar sobre o Direito. Este se justifica na medida em que logra efetiva adaptação, que não se obtém por qualquer conteúdo normativo. Para que o Direito seja efetivo processo de adaptação é indispensável que preencha vários requisitos. Em primeiro lugar, é necessário que esteja devidamente ajustado ao momento histórico, em consonância com os fatos da época. As normas jurídicas devem não apenas ordenar as relações sociais como também consagrar fórmulas que expressem o querer coletivo. [...] Quando se diz que o legislador deve respeitar a vontade social, não se quer declarar que o povo detenha fórmulas jurídicas mais convenientes e sim que ao se preparar um texto legislativo devem-se eleger valores e buscar soluções compatíveis com as pretensões dominantes. A sociedade possui problemas heterogêneos que ameaçam a sua estabilidade e nem sempre possui a consciência das fórmulas mais adequadas de resolvê-los, pois compete ao poder a pesquisa das diversas soluções e escolha daquela que se antecipa como instrumentalmente capaz e sem o risco de tornar vulneráveis outros interesses sociais. Para que o Direito guarde correspondência de modo permanente com os fatos sociais, é imperioso que o legislador se mantenha vigilante quanto à evolução histórica, acompanhe a jurisprudência e introduza, com oportunidade, alterações no ordenamento jurídico.¹⁴⁶

Não se deve ter como premissa que o ser humano, por ser racional, irá, incontestavelmente, agir conforme o sistema jurídico estabelece, pois não existe uma relação linear de causa e efeito entre razão e ação. Enquanto a razão nos guia no sentido de compreender que determinada conduta é prejudicial, temos uma dimensão emocional influenciando nosso comportamento. E assim sendo, a atuação jurídica precisa contar com processos e ferramentas que atuem considerando essa complexidade humana.

Em alguns ramos do direito, a necessidade de olhar para os afetos, emoções e sentimentos é ainda mais imperiosa. É o caso do direito das famílias em que os

¹⁴⁶ NÁDER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 41.

processos envolvem não só a aplicação de técnicas jurídicas, mas uma série de habilidades pessoais para lidar com a carga sentimental envolvida no conflito.

Quando o conflito não é elaborado, pode se transformar em sintoma com diversas consequências sendo uma destas o litígio judicial; relações familiares disfuncionais podem acabar gerando desdobramentos sintomáticos em processos judiciais.

Por tais razões, é preciso aprofundar a análise não só do que é dito expressamente e aparece de forma clara quando o conflito é apresentado, mas estar atento para considerar o que, embora tenha sido omitido, pode estar na base das controvérsias de forma latente.¹⁴⁷

A fim de propor soluções para as insuficiências do atual sistema de justiça para as famílias brasileiras, analisaremos o direito sistêmico no capítulo seguinte e estudaremos a capacidade de estas técnicas promoverem um olhar mais humanizado aos conflitos familiares, bem como se estes recursos permitem ao poder judiciário compreender a pessoa humana com toda a sua complexidade racional e emocional.

¹⁴⁷ TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família** - Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 16.

4 DIREITO SISTÊMICO: POR UMA JUSTIÇA HUMANIZADA

O Direito Sistêmico nasceu a partir das experiências pessoais e profissionais do juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia, Sami Storch, que vislumbrou a possibilidade de utilizar técnicas e conhecimentos terapêuticos ligados às chamadas leis sistêmicas no universo jurídico brasileiro.

Desde antes do seu ingresso na magistratura, ocorrido em 2006, Storch já havia tido contato com a terapia sistêmica e, de maneira bem discreta, passou a aplicar esses conhecimentos nos processos de sua competência. Assumindo uma postura diferente ao julgar, ele constatou que muitos dos conflitos levados ao poder judiciário estavam mais ligados a questões emocionais do que jurídicas e que o direito vinha conferindo pouca atenção a aspectos emocionais que tanto influenciam as relações humanas.

A partir dessa noção, verificou também que as soluções tradicionalmente propostas pelo direito muitas vezes não obtinham os resultados esperados, visto que, em alguns casos, as partes buscavam, por meio da sentença, compensar um sofrimento que possui natureza diversa daquilo que era pleiteado na demanda.

Nesse sentido, é possível, por exemplo, em ações de revisão de pensão alimentícia, em que o direito pleiteado é patrimonial, que a demanda tenha sido instaurada em razão de uma carência emocional do autor ou do alimentado para com o alimentante. Nesse caso, mesmo que seja fixada uma pensão mais elevada, a parte autora não ficará 100% satisfeita, pois a sua real pretensão não foi atingida e o conflito poderá permanecer latente.

Partindo da constatação de que os problemas emocionais individuais geram problemas sociais e que, por isso, os fatos e fenômenos jurídicos estão diretamente ligados a eles, o direito sistêmico propõe uma aproximação das práticas jurídicas à dimensão emocional das pessoas, para que os operadores do direito possam solucionar litígios a partir de uma nova perspectiva.

A técnica mais conhecida e amplamente utilizada pelo Direito Sistêmico é a Constelação Familiar, aplicada às partes do processo. Contudo, é importante ressaltar que a prática sistêmica no âmbito jurídico vai muito além dessa técnica. Contando com práticas meditativas, palestras, grupos de apoio, atendimentos terapêuticos e diálogos guiados pelos princípios sistêmicos, dentre outras ferramentas, o Direito Sistêmico busca compreender melhor os fatos jurídicos, olhando para o conflito sob uma

perspectiva mais ampla e, a partir de um processo de conhecimento, promover uma mudança na postura de todos aqueles que estão envolvidos de forma direta ou indireta.

Ressalta-se ainda que a sua aplicabilidade se estende às mais diversas áreas do Direito, tais como as áreas Penal, Trabalhista, Familiar e Empresarial. Todavia, o presente trabalho se deterá à análise do direito sistêmico aplicado nos conflitos de família.

Para compreender a eficácia do direito sistêmico, primeiro é preciso ter noções acerca das leis sistêmicas, que são a base de toda a prática. Assim, passaremos à análise da terapia sistêmica para, posteriormente, verificar a sua aplicabilidade ou não no âmbito jurídico.

4.1 As leis sistêmicas

A terapia sistêmica se tornou mais conhecida e utilizada após a abordagem e aprimoramento do método realizado pelo alemão Bert Hellinger, cuja trajetória foi marcada tanto pela formação religiosa quanto pela formação psicanalítica e filosófica.

Bert Hellinger partiu de métodos e conceitos psicoterapêuticos tradicionalmente conhecidos como terapia primária, dinâmica de grupos, análise transacional e Gestalt Terapia. Por volta dos anos 70, unindo conhecimentos prévios da psicanálise aos padrões observados ao longo do seu exercício profissional com a terapia familiar, elaborou um método próprio de Constelações Familiares e desenvolveu uma ciência de relacionamentos humanos com base nas leis sistêmicas.

A terapia sistêmica, como o próprio nome já revela, parte da constatação de que os problemas e destinos pessoais teriam uma dimensão sistêmica, ou seja, as questões individuais de cada pessoa estariam diretamente ligadas às questões de outras pessoas que fazem parte de um mesmo sistema familiar. Além dos sentimentos primários e secundários, os indivíduos também carregariam sentimentos de outras pessoas que pertenceriam ao seu sistema. Esses sentimentos de terceiros foram denominados de sentimentos adotados.

Explicando melhor, os sentimentos primários são aqueles decorrentes de fatos que vivenciamos de forma direta, enquanto os secundários são os sentimentos que substituem os primários. Por exemplo, quando alguém está em situação de perigo (fato) pode sentir-se nervoso (reação primária), em seguida, o sentimento de nervosismo poderá ser substituído por outro, podendo este ser compatível ou contrário

ao sentimento primário. Uma reação comum entre muitas pessoas e que popularmente chamamos de “rir de nervoso” é a alegria (sentimento secundário) substituindo o nervosismo (sentimento primário).

Já os sentimentos adotados não decorrem de fatos que vivenciamos de maneira direta. Assim como características genéticas, os sentimentos e experiências vividas também seriam transmitidas entre gerações e membros de um sistema familiar. Essa transferência de sentimentos cria uma consciência familiar sistêmica que influencia no comportamento dos integrantes da família.

Em outras palavras, podemos adotar comportamentos em decorrência das nossas próprias experiências de vida ou em razão das experiências de vida dos nossos familiares, visto que possuímos sentimentos adotados.

Tomemos um indivíduo que tenha dificuldade em manter relacionamentos íntimos, como exemplo. A terapia sistêmica parte do entendimento de que é possível que esse comportamento, dificuldade de se relacionar, esteja ligado ao comportamento que algum familiar desse indivíduo tenha tido ao longo de sua vida. Ainda a título de exemplo, em muitos casos, a terapia sistêmica identifica um padrão de comportamento transmitido entre gerações.

Assim, mesmo que esse indivíduo nunca tenha vivenciado alguma experiência que tenha ocasionado esse tipo de comportamento, a sua dificuldade de se relacionar pode estar ligada às vivências de outro familiar. O que provoca essa transmissão de comportamentos é justamente a transferência de sentimentos, os sentimentos adotados.

‘Sistema’ significa aqui uma comunidade de pessoas unidas pelo destino, através de várias gerações, cujos membros podem ser inconscientemente envolvidos no destino de outros membros. Reconhece-se a amplitude do sistema pela amplitude dos destinos que provocam tais envolvimento.¹⁴⁸

A terapia sistêmica também parte do entendimento de que nem sempre agimos com consciência, muitas vezes possuímos comportamentos decorrentes do “piloto automático”, ou seja, agimos de determinada maneira e nem nos damos conta. São esses comportamentos inconscientes que serão o alvo da terapia, visto que seu

¹⁴⁸ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 90.

objetivo final é que os indivíduos tenham consciência dos seus atos e de seus comportamentos.

Por meio da observação dos padrões conscientes e inconscientes de diversos sistemas familiares, Bert constatou que três princípios, os quais ele chamou de Ordens do Amor, regem as relações. Esses três princípios compõem as leis sistêmicas e norteiam toda a prática da terapia sistêmica.

A importância de compreender as leis que regem os sistemas consiste no fato de que, quando as leis são respeitadas, o sistema será saudável e os comportamentos serão conscientes. Contudo, a violação das leis gera desequilíbrios no sistema, provocando os comportamentos inconscientes. Assim, a terapia sistêmica busca compreender essas leis, identificando onde elas não são respeitadas em determinado sistema.

A partir dessa identificação, é possível reconhecer os comportamentos inconscientes e transformá-los em comportamentos conscientes. Busca-se, com isso, eliminar a inconsciência, visto que, na maioria dos casos, ela gera um comportamento prejudicial por parte do indivíduo, afetando toda a saúde emocional familiar.

Assim, para compreender o modo como a terapia sistêmica atua, é preciso entender essas três leis. As ordens do amor são, portanto, o pertencimento, a ordem e o equilíbrio entre dar e receber.

4.1.1 Pertencimento

A lei do pertencimento quer dizer que nenhum membro da família é dispensável e, por isso, ninguém pode ser excluído do sistema ao qual pertence. Em suas obras, Bert aborda diversos casos em que a exclusão de alguém gera um desequilíbrio e uma compensação prejudicial.

Exemplos muito comuns de exclusões são os casos de exclusão de dependentes químicos ou de algum membro em razão da sua sexualidade. Em todo caso, as consequências de uma exclusão injusta são graves e atingem as gerações futuras daquele sistema.

A injustiça da exclusão é expiada, na família e no grupo familiar, quando outro membro do sistema passa inconscientemente a representar, diante dos membros remanescentes ou agregados, a pessoa que foi excluída ou esquecida. Essa é a causa mais importante

de um envolvimento sistêmico e dos problemas que dele resultam, tanto para a pessoa envolvida quanto para sua família e seu grupo familiar. O direito básico de pertencimento não é, portanto, uma exigência imposta de fora. No fundo de nossa alma nós nos comportamos como se tratasse de uma ordem preestabelecida, independentemente de nossa compreensão e justificativa.¹⁴⁹

A lógica é que, por alguém ter sido excluído de um sistema ao qual tem o direito de pertencer, outro membro do sistema irá buscar honrar aquela vítima da exclusão. Ocorre que, como esse ato é inconsciente, pode se manifestar como uma representação do excluído em que o representante assume a exata postura que gerou a exclusão ainda que seja um comportamento prejudicial, como é o caso do vício. Ocorre uma repetição dos padrões de comportamentos nocivos.

Em suas obras, Bert Hellinger traz inúmeros casos práticos e reais, possibilitando a identificação da violação de uma das ordens do amor. Quando a violação ocorre quanto ao pertencimento, são frequentes os casos em que um descendente em linha direta ou colateral repete o padrão de comportamento nocivo de um ascendente, como, por exemplo, o alcoolismo. O que se identifica é que o ascendente foi excluído ou rejeitado pela família e, a fim de honrá-lo e afirmar “você pertence”, o descendente também se torna alcoólatra.

A importância de identificar o que ocorre no sistema é que, uma vez tendo clareza do comportamento inconsciente, é possível se curar dele. A partir do momento que o sistema reconhece que a exclusão foi um equívoco e que provoca consequências para os demais familiares, os indivíduos podem mudar de comportamento, corrigindo o erro, e devolvendo o equilíbrio às relações.

As ordens do amor também possuem exceções. Dessa forma, um indivíduo pode perder o seu direito de pertencer ao sistema familiar. “Se uma pessoa mata ou quer matar alguém num sistema, perde o direito de fazer parte dele”.¹⁵⁰ Além disso, crimes graves contra terceiros que não pertencem ao sistema também poderão gerar uma justa exclusão. Nesses casos, o excluído poderá ser afastado do sistema sem gerar consequências negativas aos demais membros.

¹⁴⁹ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 208.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 75.

4.1.2. Equilíbrio

O segundo princípio é o do equilíbrio entre o dar e o tomar. Toda relação deve ter equilíbrio. Relações em que um só recebe e nada oferece costumam provocar desordem. Relações saudáveis exigem uma paridade na troca. Quando se fala em dar e tomar, não se refere somente a um provimento financeiro, mas também à troca de atenção, cuidados e afeto.

Nossos relacionamentos, bem como nossas experiências de culpa e inocência começam com o dar e o receber. Nós nos sentimos credores quando damos e devedores quando recebemos. O equilíbrio entre crédito e débito é a segunda dinâmica fundamental de culpa e inocência nos relacionamentos. Favorece todos os relacionamentos, pois tanto o que dá quanto o que recebe conhecem a paz se o dar e o receber forem iguais.¹⁵¹

É comum observarmos relacionamentos conjugais ou de companheirismo em que uma das partes está constantemente se doando, cedendo e aplicando esforços extremos para o bem da relação, enquanto o outro preocupa-se apenas com seu próprio interesse. Nesses casos, o desequilíbrio é evidente e a paridade entre as partes precisa ser restaurada.

A falta de equilíbrio pode ser percebida também em outras relações como a de irmãos, por exemplo, em que um é sempre mais dependente, necessita de auxílio, atenção e em nada contribui para aquele que tanto lhe ajuda.

Importa destacar que, em muitos casos, as consequências desse desequilíbrio são piores para aqueles que recebem além da medida. “Quando recebemos, ficamos em débito e devedores para com o doador. Sentimos essa obrigação como desconforto e pressão [...] O ganho é uma espécie de culpa.”¹⁵²

Aquele que muito recebe, movido pelo sentimento de culpa, poderá desenvolver sentimentos de depressão na intenção inconsciente de recusar o que muito recebe. Poderá também assumir uma postura agressiva ou crítica para com o doador, a fim de justificar a razão pela qual merece receber tanto. Do outro lado, o doador se sente desprestigiado e desvalorizado, pois nada recebe em troca e esse sentimento também inviabiliza a saúde da relação.

¹⁵¹ HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 31.

¹⁵² *Ibidem*, p. 32.

Bert Hellinger¹⁵³ ensina que existem relacionamentos em que essa reciprocidade é impossível de ser igualada, em razão de os indivíduos não estarem em posições equivalentes, é o caso da relação dos pais com os filhos. Os pais deram aos filhos o bem maior, a vida, e não há nada que os filhos possam dar a fim de equiparar a troca. Nesses casos, em que a reciprocidade equivalente é impossibilitada, os indivíduos que muito recebem podem estabelecer um equilíbrio por meio de uma relação de troca com seus próprios filhos ou com outras pessoas, de modo que a sua doação seja maior, a fim de compensar o que muito receberam.

4.1.3 Ordem

Já a ideia de ordem é diretamente ligada à noção de hierarquia e precedência. A ordem nos mostra que a anterioridade de um indivíduo a um sistema o coloca em posição de superioridade em relação aos membros que chegam depois. Não se trata de uma relação de domínio ou controle, mas, sim, da necessidade de os mais novos respeitarem as escolhas dos mais velhos.

A terceira exigência para o êxito do amor, em relacionamentos íntimos, é a ordem. Em primeiro lugar, entendemos por 'ordem' o conjunto de regras e convenções sociais que regem a vida comunitária de um grupo social. Todo relacionamento duradouro cria normas, regras, crenças e tabus que se tornam obrigatórios para seus membros. Desse modo, os relacionamentos transformam-se em sistemas de relações providos de ordem e estrutura.¹⁵⁴

Os filhos devem respeito a seus pais, independente de concordarem ou não com as decisões tomadas por estes ao longo da vida. Quando o filho se coloca acima do pai, ocorre um rompimento da ordem e, a partir daí, surgem os comportamentos expiatórios. Nos casos em que um filho discorda de algum aspecto da relação matrimonial dos pais, este desrespeita a escolha daqueles que lhe são hierarquicamente superiores no sistema.

A noção de precedência dentro de um sistema ou entre sistemas é de extrema importância para a compreensão das ordens do amor. Cumpre esclarecer que quando

¹⁵³ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 105.

¹⁵⁴ HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 43.

se fala em precedência não se trata de uma medida de amor, mas, sim, de um lugar, um papel, uma posição correta que um indivíduo ocupa no sistema ou que o sistema ocupa na vida do indivíduo e que será determinado por um critério temporal de ingresso.

Quem entrou primeiro num sistema tem precedência sobre quem entrou depois. Da mesma forma, aquilo que existiu primeiro num sistema tem precedência sobre o que veio depois. Por essa razão, o primogênito tem precedência sobre o segundo filho e a relação conjugal tem precedência sobre a relação de paternidade e maternidade.¹⁵⁵

O que se entende do trecho supracitado é que a posição do primogênito como o filho mais velho deve sempre ser reconhecida e este deverá se portar como tal, o que não significa que este tenha uma importância maior do que os outros. Do mesmo modo, quando o casal coloca as necessidades e exigências dos filhos acima da relação conjugal, também ocorre um desequilíbrio, visto que o matrimônio foi constituído antes da paternidade/maternidade e sem a qual esta última sequer existiria.

A quebra da ordem ocorre frequentemente quando filhos assumem o papel de pai dos pais ou de pai dos irmãos. Não se trata de casos em que algum dos pais de fato necessita do cuidado dos filhos por questões de saúde, por exemplo, mas, sim, de quando os filhos, após amadurecerem e se tornarem adultos, pretendem gerir a vida dos pais. É também comum que o pai ou mãe passem a se portar como filhos dos filhos, dependendo destes, e se colocando em uma posição inferior.

Nesses casos, a quebra da hierarquia é clara e poderá provocar uma série de comportamentos inconscientes no sistema. Uma vez identificados, os filhos passam a ter consciência de que não são pais e voltam a se portar como filhos, o mesmo ocorre com os pais e, assim, reestabelece-se a ordem.

Ainda no tocante à hierarquia, existe também uma relação de precedência entre sistemas. Ao longo da vida, os indivíduos podem pertencer a diversos sistemas e carregar sentimentos de um para o outro. Assim, alguém que já foi casado mais de uma vez ou que possui filhos de diferentes relações fez ou ainda faz parte de diferentes sistemas e é preciso identificar qual deles tem prevalência sobre o outro.

¹⁵⁵ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 37.

Da mesma forma, todos possuem sistemas originários, formados com os pais e irmãos, mas quando casamos e constituímos nossa própria família formamos um novo sistema. Nesse caso, “[...] o sistema novo tem precedência sobre o antigo. Assim, a família atual tem precedência sobre a família de origem.”¹⁵⁶

4.1.4 A Constelação familiar

Com base apenas no estudo e no conhecimento das leis expostas, é possível que as pessoas identifiquem determinados comportamentos e reconheçam que não estão adequados. Contudo, nem sempre esses desequilíbrios são claros e fáceis de perceber. Por vezes, a violação das leis ocorre de maneira mais oculta e se faz necessário uma terapia mais direcionada a fim de detectar as relações inconscientes que ocorrem no sistema.

Para estes casos, recomenda-se a realização da constelação familiar. Essa técnica terapêutica proporciona a materialização do sistema familiar, de modo que o indivíduo constelado pode literalmente ver o seu sistema e observar como ele se comporta, identificando as leis sistêmicas e se estas estão sendo ou não respeitadas.

É uma técnica realizada preferencialmente em grupo. O constelado é o indivíduo que terá o seu sistema configurado, os demais participantes serão representantes dos membros da família do constelado. O campo é o espaço físico destinado para a realização da constelação e o facilitador é o profissional capacitado para guiar a constelação. Assim, só poderão estar no campo os representantes, o facilitador e o constelado.

Quando o facilitador vai montar o sistema (posicionar as pessoas que representam os familiares) no campo, o mais comum é que os membros representados sejam: filhos, irmãos, pais, tios e avós, sendo muito importante a inclusão dos falecidos e natimortos. Merecem especial atenção pessoas que tiveram destino funesto ou foram lesados por outros membros do sistema, excluídos ou alguém que cedeu lugar a outro, como é o caso de parceiros anteriores que cederam o lugar ao novo parceiro.

O sistema será colocado no campo com base nos indivíduos que influem no destino uns dos outros. O mais comum é que sejam formados por pessoas em que

¹⁵⁶ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 37.

haja convivência, mas é perfeitamente possível que haja emaranhamentos decorrentes de relações em que nunca houve proximidade física, com a presença marcante de alguém cuja existência não se dê muita importância e, nesses casos, caberá ao facilitador identificar a necessidade de representar essas pessoas no sistema.

A dinâmica do processo ocorre da seguinte forma:

Ao estabelecer uma constelação familiar, o participante escolhe outros integrantes do grupo para representar os membros de sua família, colocando-os no recinto de modo que as posições relativas de cada um reproduzam as da família verdadeira. Os representantes passam a ser modelos vivos do sistema original de relações familiares. O mais incrível é que, se a pessoa coloca a sua “família” com toda autenticidade, os representantes passam a sentir e a pensar de modo muito parecido com o dos membros verdadeiros – *sem conhecimento prévio*.¹⁵⁷

Os representantes nada conhecem sobre os representados, mas são movidos pela energia do campo energético gerado por aquele sistema familiar. Quando os representantes são posicionados no campo, eles passam a ter posturas e sentimentos que revelam características do sistema familiar constelado. O constelado assiste uma espécie de encenação da sua família, ou seja, os representantes começam a interagir uns com os outros do mesmo modo que a família real se relaciona.

O facilitador movimenta os representantes, colocando-os mais perto ou mais longe de outros representantes, sugerindo que estes verbalizem algumas frases ou se posicionem em alguma postura específica. A cada movimentação feita, o facilitador pergunta aos representantes quais os sentimentos sentidos o que permite a ele interpretar os comportamentos.

O que se percebe é que os representantes se sentem mais ou menos confortáveis quando são aproximados de outros representantes, evidenciando características daquele relacionamento. Também é possível que os representantes tenham impulsos em relação aos outros, seja de abraçar, aproximar-se, ou de virar-se de costas.

Quando o facilitador vai alterando as posições dos representantes, sugerindo ações, frases de impacto, movimentos de reverência, dentre outros, ele pode

¹⁵⁷ HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 15.

identificar o arranjo (a forma de posicionar todos), proporcionando mais harmonia para aquele sistema. A constelação familiar apresenta ao constelado uma forma das relações familiares ficarem bem, mostrando onde e por que determinada relação estava distorcida ou prejudicada.

Alguns dos precursores de Bert Hellinger guiavam excessivamente o processo, gerando muita interferência nos sistemas constelados o que, segundo Bert Hellinger¹⁵⁸, retirava não só a credibilidade do processo como alterava também o resultado. Um grande diferencial do método de Bert Hellinger é justamente a postura fenomenológica adotada, o que implica uma interferência mínima no sistema.

No trabalho com constelações familiares, o terapeuta deve manter uma postura puramente fenomenológica. Isso significa que deve expor-se a um contexto obscuro, até que subitamente lhe venha a clareza. Quando, ao contrário, somente dispõe de um conceito e, a partir dele ou de uma associação, pretende encontrar uma solução, jamais a encontra. Por meio de deduções, jamais achará a solução: ela precisa ser encontrada, de novo, para cada caso. Assim, cada solução é única e irrepetível.¹⁵⁹

Bert Hellinger não explica de maneira exata como essa energia atua no campo, mas essa força é incontestavelmente constatada. Por essa razão, é que a constelação familiar tem um fundamento fenomenológico e a comprovação do método é o próprio efeito que provoca nos indivíduos que constelam. Se pode dizer que a constelação familiar é melhor vivenciada do que explicada.

A inteligência da simetria sistêmica do amor, que opera sem ser percebida em nossos relacionamentos, zela pelo amor. É mais fácil de seguir que de entender. Nós a reconhecemos, quando é importante para nós, nos movimentos sutis de nosso íntimo e na cuidadosa observação de nossos relacionamentos. Aceitamos suas leis apenas quando notamos as consequências do que fizemos para nós e para os outros – quando o amor diminuiu ou aumentou.¹⁶⁰

A terapia fenomenológica parte do princípio de que conhecer não é apoderar-se das coisas, pois isso geraria um desequilíbrio entre sujeito e objeto, ou seja, o objeto dependeria do sujeito, o que levaria ao desaparecimento do objeto ou à sua

¹⁵⁸ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 409-413.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 78.

¹⁶⁰ HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 45.

incorporação total pelo sujeito. Assim, a participação do terapeuta não deve retirar a realidade e a autonomia do processo, ou seja, a relação entre terapeuta e sistema precisa ser autêntica.¹⁶¹ Assim, é importante que o facilitador, como o próprio nome já diz, apenas auxilie o constelado a compreender aquilo que o sistema revela.

Ao constelar, o indivíduo passa a ver com clareza o padrão prejudicial que vem adotando e compreende a origem desse comportamento. Quando essa inconsciência se torna consciência por meio da identificação do padrão de comportamento nocivo, o constelado consegue uma espécie de libertação, pois passa a ter as ferramentas necessárias para transformar aquela realidade.

Ressalta-se que essa prática foi inclusive reconhecida pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Desde 2006, o SUS vem buscando novas técnicas que auxiliem na promoção de saúde mental. O Ministério da Saúde tem conferido esforços para tratar não só as doenças, mas o indivíduo como um todo e foi com esse objetivo que passou a prever um rol de Práticas Integrativas e Complementares em Saúde (PICS).

Nesse rol, encontra-se a constelação familiar como prática reconhecida e estimulada pelo SUS. Trata-se de uma iniciativa de promover a recuperação da saúde física e mental, baseada em um modelo de atenção humanizada e centrada na integralidade do indivíduo¹⁶².

Assim, conclui-se que a terapia sistêmica é uma ferramenta bastante eficaz na harmonização das relações familiares e é capaz de reestabelecer a saúde do sistema familiar e promover a reconstrução de relações que se encontravam desgastadas ou desequilibradas.

4.2 A transformação da cultura litigante em cultura de paz

Diante dos esclarecimentos acerca da terapia sistêmica, é possível agora analisar a sua aplicação na solução de conflitos pelo Poder Judiciário, prática que se iniciou com o juiz Sami Storch e originou o Direito Sistêmico.

Sem que as partes precisassem se submeter a qualquer processo terapêutico, Sami Storch passou a buscar compreender a raiz e as causas mais profundas dos

¹⁶¹ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 17-18.

¹⁶² MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Práticas Integrativas e Complementares (PICS)**: quais são e para que servem? Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/saude-de-a-z/praticas-integrativas-e-complementares>. Acesso em: 13 set. 2020.

conflitos, a fim de proferir decisões que produzissem um impacto mais significativo e eficaz na vida das partes envolvidas.

O mero conhecimento das ordens do amor, conforme descritas por Hellinger, permite a compreensão das dinâmicas dos conflitos e da violência de forma mais ampla, além das aparências, facilitando ao julgador e às partes em conflito adotarem, em cada caso, o posicionamento mais adequado à pacificação das relações envolvidas.¹⁶³

Inaugurou-se uma abordagem sistemática na resolução de conflitos que sugere uma análise dos casos concretos, buscando olhar para os fatos considerando todas as nuances envolvidas, sejam elas jurídicas, econômicas, afetivas ou emocionais. Trata-se de uma percepção mais ampla e profunda do conflito, a qual leva em consideração toda a bagagem que as partes litigantes “camuflam” por meio de um conflito pontual a ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Nas palavras de Sami Storch:

A abordagem sistêmica do direito, portanto, propõe a aplicação prática da ciência jurídica com um viés terapêutico – desde a etapa de elaboração das leis até a sua aplicação nos casos concretos. A proposta, aqui, é utilizar as leis e o direito como mecanismo de tratamento das questões geradoras de conflito, visando à saúde do sistema “doente”, como um todo.¹⁶⁴

A judicialização do conflito deveria promover soluções que fossem não só tecnicamente legítimas, mas também satisfatórias para todos os lados. Na verdade, a atuação judiciária é mais eficaz quanto mais capaz ela for de dissolver os lados opostos, de minimizar a polarização das relações. Contudo, além da animosidade que naturalmente existe entre as partes que litigam, os operadores do Direito não possuem uma consciência social pacificadora, o que impossibilita a concretização de decisões em que a divergência seja resolvida de modo a promover paz.

¹⁶³ STORCH, Sami. **Guarda de menor**: as partes unidas no coração da criança. Artigo publicado no blog Direito Sistemico em 07/03/2018. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2018/03/07/guarda-de-menor-as-partes-unidas-no-coracao-da-crianca/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

¹⁶⁴ STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** Artigo publicado no blog Direito Sistemico em 29/11/2010. Disponível em: <http://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

A cultura jurídica tem uma tendência de potencializar o litígio, de modo que o foco da atividade judiciária não tem sido maximizar o bem-estar social e minimizar o sofrimento. Pelo contrário, cada integrante do processo tem buscado satisfazer o seu interesse por intermédio do sistema. O ganho financeiro do advogado está quase sempre associado a uma postura adversarial, sem a qual não obterá uma sentença favorável.

Do ponto de vista do julgador, os magistrados tendem a solucionar a demanda vinculando a perda de uma das partes ao ganho da outra, de forma que não se busca proferir decisões em que ocorra um “ganha-ganha”. Além disso, a atividade dos magistrados está ligada a uma demonstração de autoridade e poder. Tal fato inibe o estímulo a acordos e decisões consensuais, que transferem às partes o poder de decidir sobre suas próprias questões, pois a decisão imposta se apresenta como mais segura e correta.

Nota-se que, para que haja uma mudança na postura das partes e o crescimento de uma cultura de paz e harmonia social, primeiramente é necessário que haja uma mudança na visão dos advogados e dos servidores da Justiça em relação aos conflitos em que atuam.

Nesse sentido, o Direito Sistêmico se revela promotor dessa transformação por meio do conhecimento. Isso porque, mediante uma maior compreensão da dimensão emocional das pessoas e do funcionamento das leis que regem as relações, os advogados, os juízes e os promotores, dentre outros, são sensibilizados e assumem uma posição mais conciliadora, colocando-se como auxiliares da Justiça nas ações.

A título de exemplo, Sami Storch aponta que, ao perceber uma resistência evidente das partes em chegarem a um acordo, o juiz deve pedir silêncio e evitar que as partes continuem a discutir em audiência. Esse debate dificilmente irá conduzir o juiz a um convencimento e ainda potencializa a rivalidade entre as partes. Quando o juiz toma a palavra no intuito de acalmar os ânimos e direciona a atenção para os pontos que, de fato, são relevantes, maiores são as chances de consenso¹⁶⁵.

Desse mesmo modo, existem inúmeras condutas mais benéficas que podem ser adotadas pelos mais diversos integrantes da Justiça, a fim de otimizar o consenso. É como se houvesse um resgate do real papel que cada um deve desempenhar no

¹⁶⁵ STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 29/11/2010. Disponível em: <http://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

processo. Os operadores do Direito passam a enxergar as partes como pessoas que sofrem em razão daquela demanda e compreendem que assegurar os direitos de um não significa usurpar os direitos do outro. Isso, além de conferir uma maior positividade ao trabalho realizado pela Justiça, permite que a solução judicial, de fato, promova o que as partes precisam.

A mudança da cultura judiciária por si só já permite uma dissolução das tensões entre as partes, o que é essencial para a promoção de soluções consensuais e mais acertadas. Sami Storch¹⁶⁶ aponta que, para o Direito Sistêmico, mais importante do que a natureza do conflito é a disposição das partes em chegar a um consenso. Assim, a consciência social de que o conflito deve ser resolvido mediante meios que harmonizem a relação entre as partes e que não potencializem o litígio é um grande passo para o avanço de uma Justiça mais humanizada.

No tocante às partes, são muitas as ferramentas utilizadas pelo Direito Sistêmico com o objetivo de acalmar os ânimos e possibilitar que as partes assumam suas reais intenções e necessidades com aquela demanda. Palestras, medições e reflexões guiadas, todas voltadas para a compreensão das leis sistêmicas, já se demonstravam muito eficazes em promover um maior conhecimento pelas partes da sua realidade familiar.

Sami Storch, que já tinha contato com a técnica desde antes do seu ingresso na magistratura, em 2006, e percebendo o êxito da sua sutil aplicação nos conflitos, passou a realizar, a partir de 2012, palestras sobre o tema, permitindo às partes que tivessem interesse a possibilidade de constelar o seu sistema familiar. O projeto criado pelo juiz foi chamado de "Constelações Familiares na Justiça".

O resultado observado do uso das leis sistêmicas e da constelação familiar propriamente dita se dá no sentido de que ocorre uma mudança na postura das partes, que, ao serem confrontadas com a sua própria verdade – até então oculta –, passam a olhar para a parte contrária com mais tolerância e a ter mais consciência dos seus próprios propósitos com aquela demanda. As soluções consensuais ou a aceitação das determinações judiciais se tornam mais frequentes, pois a Justiça, de fato, consegue reduzir o sofrimento das partes.

¹⁶⁶ STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 29/11/2010. Disponível em: <http://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

As técnicas aplicadas vêm auxiliando na efetivação de conciliações verdadeiras entre as partes. Durante e após o trabalho com constelações, os participantes têm demonstrado boa absorção dos assuntos tratados, um maior respeito e consideração em relação à outra parte envolvida, além da vontade de conciliar – o que se comprova também com os resultados das audiências realizadas semanas depois e com os relatos das partes e dos advogados da comarca.

[...]

Posteriormente, quando da realização das audiências de conciliação, os acordos acontecem de forma rápida e até emocionante, pois os que participaram das vivências tendem a desarmar seus corações e reconhecer que, por trás das acusações e dos rancores mútuos, existe um sentimento de amor verdadeiro e a dor da frustração.¹⁶⁷

Nos conflitos de natureza familiar, essa prática pelo Poder Judiciário se torna ainda mais vantajosa. Isso porque a maioria das relações familiares é acompanhada de uma grande carga emocional, visto que se trata de relações que têm sua origem nos laços sentimentais. Por traz das questões jurídicas, muitas vezes, verifica-se uma questão emocional. O conflito surge porque o sistema familiar está adoecido. Desse modo, quando a natureza do conflito é emocional, um olhar excessivamente técnico é incapaz de captar a solução subjetiva necessária a cada caso.

Nesses casos, a constelação familiar das partes litigantes, além de otimizar as chances de solução da demanda judicial específica, promove um maior bem-estar naquela família que vive em desarmonia. O ideal é que todas as partes constelem, mas um ponto interessante desse método é que não é necessário que todos tenham contato com o conhecimento sistêmico, visto que, se for possível minimizar a postura litigante de apenas uma das partes, as chances de consenso já se ampliam significativamente.

Na terapia familiar, a solução nunca depende do outro. Ninguém precisa ser diferente do que foi. Os pais não precisam mudar e ninguém precisa desculpar-se. Cada um pode fazer, por si só, tudo o que seja devido, por exemplo, inclinar-se diante dos pais, prescindindo da reação deles. A solução está no ato da própria pessoa.¹⁶⁸

¹⁶⁷ STORCH, Sami. Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. Salvador, **Revista da Unicorp** / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Universidade Corporativa do TJBA, ano. 1, n. 1, p. 305-316, abr. 2011. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

¹⁶⁸ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 155.

Trata-se de um recurso terapêutico que, partindo da constelação de um indivíduo, é capaz de provocar uma melhora, em efeito cascata, atuando em todo o sistema familiar. “Outro fato incrível: às vezes, o comportamento de membros da família que nem sequer estiveram presentes melhora depois que uma constelação familiar chega a um bom termo”.¹⁶⁹

Esses recursos permitem que os operadores do Direito tenham um conhecimento do todo, a fim de detectar as interferências que os sujeitos provocam uns nos outros. Esse olhar se demonstra mais eficaz do que uma abordagem reducionista do conflito, visto que a complexidade das relações familiares não é esclarecida por meio de uma postura excessivamente objetiva.

A viabilidade de se ter uma abordagem sistêmica diante de uma questão jurídica se revela ao passo que, enquanto a maioria dos recursos terapêuticos exige um acompanhamento demorado e cujos resultados são observados de forma gradativa e discreta, é possível aplicar os conhecimentos sistêmicos e realizar uma constelação com foco em questões pontuais de maneira direta e significativamente rápida, apresentando um diagnóstico claro e objetivo constatado pelo próprio sujeito que constela. Por essa razão, torna-se uma ferramenta compatível com a necessidade de celeridade da prestação jurisdicional.

A fim de demonstrar a eficácia do Direito Sistêmico no âmbito dos conflitos familiares como uma ferramenta que possibilita ao Judiciário considerar a dimensão emocional por trás do litígio, passa-se à análise de situações específicas envolvendo a relação de paternidade e maternidade.

4.3 Aplicação do Direito Sistêmico em demandas específicas

A compreensão das ordens do amor revela que a exposição dos filhos aos conflitos entre seus pais, quer sejam eles casados ou separados, é extremamente prejudicial à criança. A relação entre pais e filhos não deve se confundir ou guardar qualquer tipo de causa e efeito com o relacionamento mantido entre os pais, de modo que as divergências entre os genitores não devem ser levadas ao conhecimento dos filhos.

¹⁶⁹ HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 16.

De maneira bastante simples e realista, Bert Hellinger¹⁷⁰ explica a postura ideal dos pais diante do questionamento dos filhos sobre as causas de uma separação: “Deve-se dizer a eles: ‘Isso não diz respeito a vocês. Nós nos separamos, mas continuamos sendo seus pais.’ Pois a relação de paternidade ou de maternidade é inseparável”.

Um conflito em nível judicial em que ocorrem uma exposição e o envolvimento de terceiros na esfera mais íntima da criança tem um potencial ofensivo ainda maior. Desse modo, quanto menor for o envolvimento, mais célere a solução e maior o consenso entre as partes na resolução do litígio, de modo que menos danos serão causados aos filhos.

O modo como os pais enfrentam um processo de divórcio ou dissolução de sua união é determinante para verificar a maneira como seus filhos se comportarão no futuro em suas próprias relações pessoais. Se os pais logo retomam a rotina, mais ou menos como antes, por serem maduros o suficiente e terem digerido melhor sua ruptura afetiva, a angústia e ansiedade que os menores sofrem tendem a desaparecer. Já os pais que não superaram seus conflitos ou que iniciam o processo característico da síndrome da alienação parental tendem, por anos a fio, estabelecer péssimas rotinas com seus filhos, que, ao vivenciarem experiências ruins, mudanças imprevisíveis, ambiente instável e interrupções no seu processo normal de desenvolvimento, passam a ter uma visão distorcida do mundo, sendo frequente o medo do abandono – emoção mais fundamental do ser humano – a ansiedade e, em especial, a angústia, que podem gerar diversas fobias na fase adulta.¹⁷¹

A terapia sistêmica atua diretamente nas relações entre pais e filhos e ex-companheiros ou cônjuges e tende a promover um ambiente familiar mais pacífico para os filhos de pais litigantes. Por essa razão, abordar-se-á a eficácia da aplicação do Direito Sistêmico em demandas que envolvam a relação entre ex-parceiros e sua prole.

4.3.1 Questões de guarda e alienação parental

Alguns dos conflitos mais frequentes e que sobrecarregam as varas de família são os que envolvem a guarda de menores e os casos de prática de alienação parental.

¹⁷⁰ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 39.

¹⁷¹ MADALENO, A. C. C.; MADALENO, R. **Síndrome da Alienação Parental**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 47.

Quando os pais de uma criança deixam de viver juntos ou nunca viveram, as questões envolvendo a guarda do menor tendem a vir à tona. Cada vez mais, o Direito de Família vem buscando alinhar as suas práticas ao direito de convivência familiar. Os direitos paternos à convivência passaram a ser não só reconhecidos, mas validados – e, nesse sentido, a doutrina majoritária se manifesta em favor da aplicação, sempre que possível, da guarda compartilhada.

Essa modalidade de guarda se revela como meio de assegurar o direito à convivência familiar e o cumprimento de dever de paternidade responsável de ambos os pais. Em contrapartida, a guarda unilateral, que prevalecia até 2008, ao reduzir o direito de um dos genitores a visitas periódicas, também o eximia dos deveres em relação ao filho, dificultando a sua participação efetiva na criação do filho.

Em conformidade com o Direito vigente, os princípios constatados por Bert Hellinger levam à conclusão de que a guarda compartilhada, de fato, seria o melhor para o filho.

Em casos de divórcio, acontece com frequência que os filhos são confiados a um dos pais e tirados do outro. Ora, os filhos não podem ser tirados dos pais. Mesmo após o divórcio, estes mantêm integralmente os seus direitos e deveres de pais. O que se desfaz é somente a relação de parceria. Da mesma forma, não se deve perguntar aos filhos com quem querem ficar. Caso contrário, serão forçados a decidir entre seus pais, a favor de um e contra o outro. Isto não se pode exigir deles. Os pais devem combinar entre si com quem ficarão os filhos e então dizer-lhes como isso se fará. Mesmo que os filhos protestem, sentem-se livres e satisfeitos porque não precisaram decidir entre os pais.¹⁷²

Entretanto, apesar da constatação de que, em casos de disputa por guarda, o Direito deve promover uma criação conjugada e simultânea de ambos os genitores, por ser essa a melhor solução para o menor, nem sempre isso é possível. Isso porque a guarda compartilhada pressupõe uma convivência harmoniosa e decisões conjuntas a respeito das questões que envolvem o menor.

Numa ação de divórcio, a solução jurídica relativa aos filhos menores pode ser simplesmente definir qual dos pais ficará com a guarda, como será o regime de visitas e qual será o valor da pensão. É o que usualmente se faz. Mas de nada adiantará uma decisão judicial imposta

¹⁷² HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 39.

se os pais continuarem se atacando. Independentemente do valor da pensão ou de quem será o guardião, os filhos crescerão como se eles mesmos fossem os alvos dos ataques de ambos os pais.

Uma ofensa do pai contra a mãe, ou da mãe contra o pai, são sentidas pelos filhos como se estes fossem as vítimas dos ataques, mesmo que não se deem conta disso. Isso porque sistemicamente os filhos são profundamente vinculados a ambos os pais biológicos. São constituídos por eles, por meio deles receberam a vida. O filho não existe sem o pai ou sem a mãe e, seja qual for o destino que os filhos construírem para si, será uma sequência da história dos pais. Por isso é que, mesmo que o filho manifeste uma rejeição ao pai – porque este abandonou a família ou porque não paga pensão, por exemplo – toda essa rejeição se volta contra ele mesmo, inconscientemente. Qualquer ofensa ou julgamento de um dos pais contra o outro alimenta essa dinâmica, prejudicial sobretudo aos filhos. O mesmo ocorre quando o juiz toma o partido de um dos pais contra o outro, reforçando o conflito interno na criança. A solução sistêmica, para ser verdadeira, precisará primeiramente excluir os filhos de qualquer conflito existente entre os pais, para que os filhos possam sentir a presença harmônica do pai e da mãe em suas vidas.¹⁷³

Conforme abordado no primeiro capítulo, não há na doutrina uma unanimidade acerca da possibilidade de a guarda compartilhada ser imposta judicialmente, ainda que ela não seja a vontade dos pais. De fato, no plano jurídico, as decisões independem do consenso entre as partes, mas a própria concepção do instituto da guarda compartilhada, para ter uma concretização fática, exige que haja uma relação harmoniosa entre os genitores.

Medidas impositivas de convivência parecem ser diametralmente opostas ao caráter sadio que o encontro deve envolver. A contribuição positiva que o contato paterno ou materno-filial pode trazer depende da sua realização espontânea, quista e buscada pelas pessoas relacionadas. Forçar sua ocorrência, portanto, pode violar o interesse do menor, razão pela qual é preciso ter muita cautela no tratamento da temática.¹⁷⁴

Na prática, pais que recorrem ao Poder Judiciário para a definição da modalidade de guarda instauram o processo com um forte sentimento de litígio e rivalidade para com o outro, visto que buscam, na demanda judicial, solucionar conflitos já gerados pela falta da capacidade de chegarem a um consenso.

¹⁷³ STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 29/11/2010. Disponível em: <http://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

¹⁷⁴ ALMEIDA, R. B.; RODRIGUES JUNIOR, W. E. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 470.

“Entendemos que o estabelecimento da guarda compartilhada deva ser sugerido, aconselhado, incentivado, mas não imposto por decisão judicial a pais que estejam em desacordo, pois pode gerar efeitos negativos ao já instalado conflito, potencializando-o.”¹⁷⁵ É nesse cenário que o Direito Sistêmico se torna uma ferramenta útil à execução prática de uma guarda compartilhada harmoniosa que, de fato, irá beneficiar o menor.

Quando se trata de filhos, o surgimento de novas questões é algo que se perpetua ao longo dos anos, de forma que não basta que a decisão judicial resolva uma questão pontual, sendo preciso que se promova uma relação de paz entre os litigantes, para que eles não precisem recorrer ao Judiciário toda vez que houver um impasse. O foco do Direito Sistêmico não é a sentença, mas a pacificação da relação.

Explico, portanto, a importância de deixar o filho fora do conflito, e sugiro dizerem a ele frases como: “eu e seu pai/sua mãe temos problemas, mas isso não tem nada a ver com você; nós somos adultos e nós resolvemos”; “fique fora disso; você é só nosso filho”; “você nasceu de um momento de amor que tivemos”; “eu e seu pai/sua mãe estaremos sempre juntos em você”; “quando eu olho para você, vejo seu pai/sua mãe”.

Os representantes, ao pronunciarem as frases, sentem na própria alma o seu efeito, pois a raiva que sentiam dá lugar ao sentimento essencial de amor e de tristeza por não ter dado certo a relação, e percebem claramente o efeito libertador que as frases têm para os filhos. Da mesma forma, as pessoas que estão assistindo a constelação, identificadas com a mesma dinâmica, também sentem na própria alma os efeitos de cada frase e movimento.¹⁷⁶

A constelação de um ou mais partes envolvidas no conflito promove uma conscientização dos pais a respeito dos danos psicológicos que o infante, que já está vivenciando a separação dos pais, sofre ao ser envolvido no litígio. Isso porque, muitas vezes, quando da configuração desses sistemas, o representante da criança demonstra confusão e sofrimento por estar no meio do “fogo cruzado dos pais”. Em muitas constelações, o representante da prole também manifesta o desejo de sentir amor por ambos os pais.

¹⁷⁵ LEVY, F. R. L. Guarda Compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, A.C. M.; DELGADO, M. L. **Guarda Compartilhada**, 3. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 121.

¹⁷⁶ STORCH, Sami. Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. Salvador, **Revista da Unicorp** / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Universidade Corporativa do TJBA, ano. 1, n. 1, p. 305-316, abr. 2011. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

As situações narradas acima são exemplificativas, visto que cada constelação é única e os conflitos internos de cada pessoa também o são. Desse modo, é possível que a contestação de um litigante revele relações desequilibradas entre ele e seus próprios pais, irmãos ou antigos companheiros, dentre outros. Não há como ter uma previsibilidade do que será detectado, mas, independentemente do que ocorra na constelação, o fato é que ela promove autoconhecimento, o qual é capaz de alterar a postura desse indivíduo no processo e na vida.

A consequência disso é que os responsáveis passam a ter um olhar mais pacífico um em relação ao outro. Assim, abre-se espaço para o perdão, e, mais importante, o indivíduo passa a ver com clareza as emoções e os sentimentos que estão por trás daquele conflito, de modo que, naturalmente, as tensões se dissolvem, permitindo que o foco das energias passe a ser o bem-estar do menor. A divergência passa a ter pontos de convergência, possibilitando o diálogo e, posteriormente, o consenso.

Todavia, as questões de guarda podem envolver aspectos ainda mais delicados e complexos: “[...] para além da resistência à colaboração, pode haver, por parte de um dos pais, a tentativa de descreditar o outro perante o filho com o intuito deliberado de inviabilizar a relação parental deles”¹⁷⁷ – são os casos de alienação parental.

Um possível desdobramento dos conflitos entre os pais é quando um deles passa a usar o menor como meio de vingança para prejudicar o outro. É a atitude proposital de promover a discórdia na relação de paternidade ou maternidade. A ocorrência da alienação parental é tão frequente, inclusive entre casais que ainda permanecem juntos, que atraiu a atenção dos juristas, resultando na promulgação da Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010.

Essa prática é evidentemente danosa para o menor envolvido, provocando uma postura de desconfiança da criança para com o alienado. Em paralelo, essa criança, instintivamente, quer amar o alienado, o que provoca um sentimento de traição em relação ao guardião. A criança cresce em um ambiente de discórdia e manipulação – e isso afeta a sua própria formação. Desse modo, a referida Lei trouxe ferramentas que conferem ao magistrado a possibilidade de coibir os atos alienatórios, sendo a medida mais grave a perda do direito de ter o menor residindo com o alienante.

Apesar de louvável e eficaz em alguns aspectos, a solução encontrada pela Lei acaba por privar o menor do direito à convivência com o alienante e continua a polarizar

¹⁷⁷ ALMEIDA, R. B.; RODRIGUES JUNIOR, W. E. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 472.

a relação entre os pais, definindo uma vítima e um culpado. O que ocorre é que tal legislação traz mecanismos para se fixar uma sentença, mas não para que, de fato, tenha-se uma solução, pois as medidas previstas não combatem a raiz da alienação. Novamente, o Direito Sistêmico se apresenta como de grande utilidade.

Por vezes, a intenção de um dos pais é a de proteger a criança do outro, por acreditar que a não convivência seria melhor para a criança, mas as ordens do amor explicitam que todo filho não só precisa, como tem o direito de conviver com seus pais, de forma que a relação de paternidade e maternidade precisa sempre ser reconhecida e validada independentemente do desfecho da relação matrimonial. “Os filhos ficam bem se o pai respeita e honra neles a mãe e a mãe respeita e honra neles o pai. Então os filhos se sentem completos. Por isso, numa separação, quem deve receber a guarda dos filhos é aquele que mais respeita e honra nos filhos o outro parceiro”¹⁷⁸.

Essa compreensão é transmitida às partes mediante palestras e reflexões guiadas e por meio da própria constelação familiar. Trazer informação e construir essa consciência é de extrema importância, visto que, em muitos casos, a ação do alienante é inconsciente, o qual acredita estar fazendo o melhor para si e para o menor. Por vezes, sequer consegue vislumbrar os danos causados ao próprio filho de tão determinado que está para prejudicar o alienado. Quando o alienante entra em contato com os conhecimentos sistêmicos, ele passa a ter mais clareza e consciência da verdade.

“Os casos de alienação parental são particularmente muito beneficiados com esta técnica, haja vista a enorme dificuldade, quiçá até mesmo a impossibilidade, de convencer o alienador de que suas atitudes são prejudiciais à prole e que não correspondem à realidade dos fatos”¹⁷⁹. A constelação familiar muda o ponto de vista do alienante, na medida em que possibilita a ele a visualização do seu sistema e a constatação de que o filho se encontra inserido em um conflito ao qual não pertence.

Outra ocorrência comum é que o alienante passa a ter conhecimento dos sentimentos que provocam esse comportamento, passando a ter mais clareza com relação às suas próprias ações e experiências. Esse olhar profundo do conflito é capaz

¹⁷⁸ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 104.

¹⁷⁹ MADALENO, A. C. C.; MADALENO, R. **Síndrome da Alienação Parental**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 58.

de por fim à prática da alienação parental, de um modo que os pais possam agir conjuntamente em prol da criança.

O que fica claro ao observar Constelações acerca deste tema é que muitas vezes aqueles que alienam também foram alienados, como por exemplo, em uma família de mulheres fortes e homens fracos ou onde os homens serviram ao exército e foram mortos em guerras ou mesmo onde parceiros violentos precisaram ser afastados e o padrão de violência se repete – em virtude desta lealdade familiar e desta ânsia por pertencimento (ainda que inconsciente) gerações e gerações repetem as mesmas condutas, seja alienando, seja escolhendo homens com perfil fraco ou que dão mostras de não comprometimento com a família e que acabam se autoalienando, entre outros tantos exemplos. Sendo assim, uma simples decisão judicial, ainda que com a fixação de multas ou medidas extremas para coibir a alienação, não surtirá qualquer efeito, pois não conseguem superar este sentimento primitivo de lealdade que o próprio alienador desconhece em si.¹⁸⁰

Do trecho supracitado, extrai-se que o Direito Sistêmico permite que não só os operadores do Direito, mas, principalmente, a parte tenha mais informações sobre si, sobre os seus conflitos e as causas inconscientes desses. A sua eficácia se revela a partir do número de soluções consensuais atingidas, bem como pela perpetuação da harmonia entre as partes, conforme demonstram os levantamentos realizados:

ANÁLISE ESTATÍSTICA (VARA DE FAMÍLIA):

Nas audiências efetivamente realizadas com a presença de ambas as partes, o índice de acordos foi de 100% nos processos em que ambas participaram da vivência de constelações; 93% nos processos em que uma delas participou; e 80% nos demais;

Nos casos em que ambas as partes participaram da vivência, 100% das audiências se efetivaram, todas com acordo; nos casos em que pelo menos uma das partes participou, 73% das audiências se efetivaram e 70% resultaram em acordo; nos casos em que nenhuma das partes participou, 61% das audiências se efetivaram e 48% resultaram em acordo.¹⁸¹

Uma abordagem sistêmica permite que a Justiça vá além da aplicação da lei ao caso concreto. Por meio da relevância dada aos sentimentos que permeiam os relacionamentos com os quais a criança terá que conviver, o Direito Sistêmico

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ STORCH, Sami. Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. Salvador, **Revista da Unicorp** / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Universidade Corporativa do TJBA, ano. 1, n. 1, p. 305-316, abr. 2011. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

consegue, de fato, contribuir para que o infante cresça e se desenvolva em um ambiente saudável e harmônico, permitindo, assim, que a família cumpra o seu papel.

4.3.2 Obrigação de alimentar entre pais e filhos

As ações envolvendo obrigação de alimentar são, incontestavelmente, desgastantes para alimentando, alimentado e, se houver, guardião do alimentado. Na maioria dos casos, as partes do processo são pessoas que já mantiveram um relacionamento íntimo e acabam por projetar as dificuldades e as divergências decorrentes desse relacionamento no processo, ainda que estas não guardem relação direta com os aspectos jurídicos da demanda.

Somadas a isso, existem as dificuldades processuais abordadas no segundo capítulo deste trabalho, as quais acabam por polarizar pais e filhos, colocando-os em lados opostos da demanda judicial e prejudicando um relacionamento saudável entre eles.

Neste cenário, o Direito Sistêmico oferece ferramentas que buscam minimizar o envolvimento do menor no conflito, facilitar o diálogo, promover relações familiares mais equilibradas e diminuir o abalo emocional ocasionado.

Inicialmente, uma postura sistêmica do juiz, conduzindo a audiência com as frases de impacto e mensagens apropriadas, já promove uma maior calma nos ânimos e inicia um processo de conscientização das partes. As leis sistêmicas são abordadas em palestras em que são narrados exemplos práticos. Nesse momento, é possível que as partes assimilem melhor a sua própria conduta e a postura que assumiram diante do conflito. Elas passam a se identificar com os casos exemplificativos e a reconhecer as consequências de suas próprias ações.

Muitas vezes, essa exposição já promove excelentes resultados. Em outros casos, a aplicação da constelação familiar é essencial. Essa técnica torna visível a dinâmica oculta naquele sistema familiar, permitindo que o constelado vivencie as leis sistêmicas. As partes passam a ver de maneira prática onde ocorrem as distorções e os comportamentos inconscientes que estão prejudicando as relações daquele sistema. É um verdadeiro choque de realidade.

No caso específico de ação de alimentos, assim como nos casos de conflito de guarda e alienação parental, a consciência a respeito dos prejuízos que a rivalidade entre os pais provoca no filho já é capaz de surtir bastante efeito. Todos os envolvidos

no conflito constata-se que o desequilíbrio na relação de paternidade e maternidade tem consequências catastróficas não só para a criança, mas também para os pais.

Sob a ótica jurídica, o dever de alimentar tem fundamento no princípio da solidariedade que deve nortear as relações familiares. Ressalta-se que, antes de ser dever positivado, trata-se de um dever moral, ético e até mesmo ligado ao direito natural, de modo que a natureza desse instituto é de um auxílio, não tendo qualquer finalidade indenizatória ou punitiva¹⁸².

Contudo, é muito comum que o alimentante trate a pensão como uma punição ou uma indenização para o guardião do alimentado. Em razão de toda a carga emocional envolvida, o alimentante associa a obrigação de alimentar a uma indenização que beneficia o ex-parceiro. As palestras acerca das leis sistêmicas e, em especial, a aplicação da constelação familiar nesses casos são capazes de mudar a forma com que o alimentante enxerga a obrigação de alimentar, ocorrendo uma mudança de foco, pois ele passa a ter a clareza de que aquela obrigação visa ao bem-estar do seu filho.

Além disso, gera-se uma maior tolerância entre os pais da criança, de modo que, mesmo que haja um benefício indireto para o guardião, isso não agride mais o alimentante. É uma simples, mas eficaz mudança de ponto de vista. Em vez de prejudicar o filho para não beneficiar o corresponsável, o alimentante compreende que o bem-estar do cogenitor é algo muito positivo para o filho.

As leis sistêmicas estabelecem que os pais têm uma relação de doação para com os filhos, independentemente de qualquer contraprestação. É mais que um dever: é parte da natureza da própria relação. Os pais dão o que de maior se pode dar, a vida. Por essa razão é que “[...] os pais se sentem profundamente satisfeitos quando são aceitos por seus filhos, quando vislumbram um lampejo em seus olhos, quando ouvem a gostosa frase ‘Estou feliz por você ter me dado a vida’”. Os filhos encontram a paz quando aceitam seus pais¹⁸³.

O Direito Sistêmico não tem a pretensão de eximir os pais das responsabilidades relacionadas aos filhos, mas, sim, de conscientizar as partes de que os erros cometidos no passado podem ser superados em prol da reconstrução da

¹⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6. p. 503-504.

¹⁸³ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 102.

relação de paternidade e maternidade. Os filhos instintivamente querem amar os pais e “[...] sentem-se incompletos e vazios quando excluem um deles, ou ambos de seus corações”¹⁸⁴.

Do outro lado, os pais passam a ter um distanciamento como mecanismo de defesa, visto que, quando o filho eterniza mágoas contra um deles, impede-se que a relação tome um novo curso, pois se está constantemente buscando gerar um sentimento de culpa ou fracasso nos pais.

A terapia sistêmica verificou que, muitas vezes, o pai que guarda rancor do outro genitor acaba por transferir esses sentimentos aos filhos. Quando os pais se separam, tendem a querer separar também o filho, valorizando nele apenas os aspectos que se assemelham aos seus e criticando tudo que nele se parece com o outro genitor.

Ressalta-se que essa tendência é inconsciente, pois os pais devem amar os filhos em sua completude. Quando verbalizam as frases sistêmicas de impacto, como “eu valorizo seu pai/mãe em você”, eles conseguem se libertar desses sentimentos e compreender que cada um dos pais tem seu papel e sua importância na vida do filho.¹⁸⁵

Outro aspecto que se observa nas demandas dessa natureza é que é possível que o guardião ou alimentado também enxergue na obrigação de alimentos um instrumento de vingança, um mecanismo indenizatório, e que por meio dela busque compensar todas as feridas e as mágoas que carrega do relacionamento com o alimentado.

Novamente, é comum que as partes nem se deem conta disso e que isso também seja uma tendência inconsciente, pois se convencem de que estão apenas buscando um direito juridicamente assegurado. As práticas sistêmicas permitem, então, que as partes dissociem as próprias emoções daquela demanda e compreendam que a sentença não terá o condão de curar ou satisfazer a carência sentimental.

A partir dessa dissociação, eles conseguem olhar com profundidade para os sentimentos e solucioná-los pela via adequada, que é a terapêutica, e não a judicial.

¹⁸⁴ HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 102.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 119.

Do mesmo modo, permitem que o processo siga seu curso de uma maneira mais objetiva e direcionada pelos preceitos legais.

Ainda com relação às ações de alimentos, do ponto de vista da sobrecarga do Poder Judiciário, a importância de se pacificarem as relações está no fato de que pode ocorrer a mutabilidade do valor fixado a título de alimentos. Desse modo, se o conflito permanecer latente ou as partes ficarem inconformadas com a decisão imposta, elas estarão constantemente buscando meios para justificar uma revisão no valor fixado (guardião ou alimentado) ou uma exoneração da obrigação (alimentante), recorrendo à judicialização da questão sempre que possível.

Nesse sentido, Fernanda Tartuce¹⁸⁶ explica que a efetividade do Direito não está ligada somente à celeridade processual, mas diz respeito, principalmente, à capacidade jurisdicional de solucionar o conflito de maneira satisfatória para as partes, evitando, assim, o estabelecimento de novos conflitos.

4.4 Os desafios de uma prática em construção

Apesar de válido e eficaz, o Direito Sistêmico ainda está em construção e tem encontrado muitos desafios na prática. Mesmo com os excelentes resultados, são poucos os tribunais brasileiros que incorporaram o projeto e realizam algum tipo de prática sistêmica, como as oficinas de constelação.

Um dos grandes desafios enfrentados é referente à ausência de regulamentação. O Direito Sistêmico encontra embasamento legal na Resolução n.º 125 do CNJ. Contudo, não há uma regulamentação específica das técnicas sistêmicas aplicadas pelo Poder Judiciário.

Trata-se de uma prática que pode ser feita em diversas modalidades, variando, por exemplo, quanto à exposição menor ou maior das partes envolvidas ou quanto aos profissionais capacitados para serem facilitadores. A falta de uma regulamentação específica gera também uma falta de padronização, o que confere margem para que as práticas sejam realizadas de maneira inadequada ou por profissionais despreparados – e isso acaba por descredibilizar a técnica e gerar uma resistência social ao seu uso.

¹⁸⁶ TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família** - Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 49.

Sessões abertas funcionam mediante total exposição à plateia da questão trabalhada e ocorrem em um auditório onde o acesso é livre a todos. Já sessões fechadas acabam por resguardar mais a intimidade das pessoas. No Rio Grande do Sul, por exemplo, as oficinas realizadas na capital são abertas, enquanto na cidade de Novo Hamburgo já se opta por sessões fechadas. Observa-se que não há uma uniformidade dentro de um mesmo estado.

Quanto ao profissional escolhido para ser o facilitador no meio jurídico, além de ter a devida formação sistêmica, para atuar no âmbito do Poder Judiciário, o ideal é que ele tenha familiaridade com o ambiente jurídico, a fim de ter uma maior habilidade para seguir uma linha estrutural adequada à atuação judiciária, sem a necessidade de avançar na esfera íntima da parte além do estritamente necessário.

Assim, uma regulamentação específica, feita pelo próprio CNJ, demonstra-se importante. Outras práticas alternativas, tais como a Justiça Restaurativa, receberam uma regulamentação – com o Direito Sistêmico, tal necessidade também existe.

Além disso, outro grande desafio é a construção de uma consciência pacificadora por parte dos operadores do Direito. As técnicas sistêmicas têm encontrado resistência naqueles que ainda optam por assumir uma postura adversarial e não consensual nos litígios familiares.

Por fim, os pontos mencionados acima potencializam o maior desafio enfrentando pelo Direito Sistêmico: a resistência social. Seja por falta de conhecimento, seja por experiências anteriores negativas em razão de aplicação inadequada do método ou pela falta de estímulo ao consenso por parte do assessor jurídico, muitas pessoas ainda demonstram certo receio de se submeterem a técnicas terapêuticas.

O que se verifica é que a resistência ocorre em razão da falta de informação e conhecimento acerca dos benefícios das práticas sistêmicas e da sua aplicabilidade pelo Poder Judiciário. Por essa razão é que este trabalho tem o objetivo de validar o Direito Sistêmico como instrumento de solução de conflitos jurídicos e, assim, obter uma maior aceitação da prática, além de ressaltar a importância de que ela seja formalmente regulamentada.

CONCLUSÃO

O Direito, como ciência que tem por objeto de estudo as relações humanas em sociedade, tem o desafio de acompanhar o dinamismo social e a volatilidade das relações constituídas nesse âmbito. A rapidez das transformações sociais se tornou mais um desafio para a atividade jurídica, sendo o Direito das Famílias um dos ramos que mais sofreu modificações e necessidade de atualização no último século.

Apesar do princípio da dignidade humana ter impulsionado diversas modificações no Direito Material de Família, como o reconhecimento do afeto como valor, o Direito Processual apresenta alguns pontos que merecem reflexão. Quando se fala em Direito Processual, refere-se, especialmente, aos meios de solução de conflitos utilizados na promoção de justiça nas famílias.

O que se constata é que, apesar de ser um ramo do Direito que regula as relações mais íntimas e profundas dos indivíduos e que, portanto, apresenta inúmeras peculiaridades que o diferenciam de áreas jurídicas mais voltadas para o patrimônio, o proceder na solução de conflitos ainda se prende a procedimentos gerais do Direito Civil. O modo de solução de conflitos no âmbito familiar não acompanhou a tendência do Direito Material de Família em reconhecer que essas relações são formadas pelo afeto e, portanto, são carregadas de sentimentos e emoções.

Mais que uma ordem, o Direito de Família deve objetivar a harmonia familiar. Para que a paz nas relações familiares seja efetivamente estimulada, é necessário algo além da ordem imposta pela ameaça da sanção, sendo necessário olhar para a família a partir de outra perspectiva.

O presente trabalho propôs uma reflexão acerca do êxito dos atuais mecanismos de soluções de conflitos no âmbito familiar, com foco especial nas demandas envolvendo a relação de filiação. Diante da constatação da ineficácia do atual sistema, buscou-se estudar as causas desse déficit a partir do estudo da natureza humana no pensamento clássico.

A exploração do pensamento clássico quanto à natureza humana possibilitou um resgate daquilo que é mais instintivo e natural ao indivíduo e que move as suas relações com o outro, consigo e com o mundo. A partir dessa investigação, foi possível verificar que o Direito não tem conferido a devida atenção a todos os aspectos que determinam o comportamento humano e não possui mecanismos que assegurem um olhar atento a todas as dimensões humanas.

Conforme exposto no Capítulo 3, além da razão, as emoções, as paixões, os instintos e os sentimentos também influenciam e condicionam a ação humana. Esses fatores, por sua vez, podem direcionar ao mesmo sentido do pensamento racional, mas também podem sugerir uma direção contrária a esse.

O que esta análise nos sugere é que se valide a existência de todos esses elementos que fazem parte de nossa humanidade, para que, a partir daí, seja possível equilibrar os impulsos emocionais por meio da razão. Mediante essa interação com a razão, será possível o uso das emoções de forma que não haja nem excesso nem escassez de sentimentos. Seria uma espécie de “uso” racional ou consciente da dimensão emocional.

O Direito contemporâneo, que tem como principal vetor a dignidade humana, encontra a sua razão de ser na promoção dessa dignidade, que, por sua vez, envolve a realização pessoal e a felicidade dos membros da família e da sociedade. Por essa razão, é essencial ao Direito partir de uma compreensão da pessoa humana em sua completude, conferindo um olhar humanizado às partes do processo, por meio de uma percepção que aborde o ser humano como um ser dotado não só de razão, mas também de emoção.

Para tal, o Direito Sistêmico se revela como uma ferramenta apta a auxiliar o Direito nesse processo. Práticas sistêmicas como a constelação familiar propõem exatamente uma racionalização das emoções, visto que são processos que permitem que o indivíduo compreenda seus próprios comportamentos e identifique se sua conduta é movida por fatores conscientes ou inconscientes.

Ocorre uma racionalização das emoções, na medida em que, por meio do autoconhecimento, o indivíduo é capaz de alterar um comportamento nocivo. A partir da compreensão de si, de sua conduta e de suas razões, a pessoa é capaz de agir conscientemente, deixando de ser guiada por impulsos inconscientes. Em conformidade com o pensamento de Platão e Aristóteles, isso seria trazer uma racionalidade para as emoções, para que a pessoa humana não seja guiada apenas por impulsos, mas, sim, por uma interação equilibrada entre as dimensões emocional, instintiva e racional, que a tornam um ser humano.

Assim, o Direito Sistêmico encontra uma validação na própria visão clássica da natureza humana, visto que essa abordagem reconhece que os seres humanos possuem um elemento racional, que seria a consciência, mas que também agem

guiados por impulsos emocionais e instintivos, que nem sempre são evidentes, os quais seriam os comportamentos inconscientes.

A boa conduta ou o comportamento desejável só seria alcançado por meio do conhecimento, de uma sabedoria sobre si mesmo, de forma que somente mediante essa compreensão é que a pessoa se torna verdadeiramente livre e age conforme o seu melhor interesse.

Diante disso, tem-se que o Direito Sistêmico, que, *a priori*, apresenta-se como algo inovador e passível de resistência, pode, na verdade, ser um meio adequado de solução de conflito que encontra raízes e sustentação no pensamento filosófico clássico e que encontra aplicabilidade no Direito contemporâneo, por permitir que o Poder Judiciário tenha uma melhor visão do conflito e, assim, profira decisões capazes de harmonizar o litígio, e não só de encerrar o processo.

Em vista disso, face às insuficiências do atual sistema de solução de conflitos no âmbito familiar, o presente trabalho apresenta o Direito Sistêmico como uma ferramenta útil e eficaz a ser utilizada pelo Poder Judiciário para que o Direito tenha meios de se comunicar não só com a racionalidade humana, mas também com a dimensão emocional dos indivíduos, de modo que a experiência jurídica vá além da mera regulamentação do comportamento humano e seja capaz de promover uma transformação da consciência coletiva, contribuindo na construção da paz familiar e social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. B.; RODRIGUES JUNIOR, W. E. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 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/l13105.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2009**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.058, de 2 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Práticas Integrativas e Complementares (PICS)**: quais são e para que servem. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/saude-de-a-z/praticas-integrativas-e-complementares>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011, Dje nº 198.

Divulgação 13 de outubro de 2011. Publicação 14 de outubro de 2011. Ementário nº 2607-3. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em: 10 out. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060/SC**. Repercussão Geral 622, Relator Luiz Fux, Brasília, 24 de agosto de 2017, Dje nº 187. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 5 out. 2017.

CALMON, Rafael. **Direito das famílias e processo civil: interação, técnicas e procedimentos sob enfoque do Novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário de Justiça eletrônico - CNJ**, n. 39, 01 de mar. p. 2-15, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 63, de 17 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf. Acesso em: 1 de nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 83, de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf. Acesso em: 1 de nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

ERES, Robert; LIM, Michelle H.; VASAN, Shradha. Understanding loneliness in the twenty-first century: an update on correlates, risk factors, and potential solutions. **Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology**. v. 55, p. 793-810, jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s00127-020-01889-7>. Acesso em: 10 ago. 2020.

FERRAZ JR, Tercio S. **Estudos de Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JR, Tercio S. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 6.

HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2006.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007.

LEBRUN, G. O conceito de paixão. In: **Os sentidos da paixão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEVY, F. R. L. Guarda Compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, A. C. M.; DELGADO, M. L. **Guarda Compartilhada**, 3. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 107-123.

MADALENO, A. C. C.; MADALENO, R. **Síndrome da Alienação Parental**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NÁDER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, C. M. S. **Instruções de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5.

PLATÃO. **Fedro**. Tradução de Pinharanda Gomes. 6. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000.

PLATÃO. **O Banquete**. Platão: Diálogos. Tradução de Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996. p. 78-127.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997.

STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 29/11/2010. Disponível em: <http://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. Salvador, **Revista da Unicorp** / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Universidade Corporativa do TJBA, ano. 1, n. 1, p. 305-316, abr. 2011. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original->

de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/. Acesso em: 19 ago. 2020.

STORCH, Sami. **Guarda de menor**: as partes unidas no coração da criança. Artigo publicado no blog Direito Sistemico em 07/03/2018.
Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2018/03/07/guarda-de-menor-as-partes-unidas-no-coracao-da-crianca/>
Acesso em: 19 ago. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família** - Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Família e Sucessões. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. v. 5.