

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Julianne da Silva Bittencourt Lopes

**A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA CONCRETIZADORA DO ACESSO À
JUSTIÇA NAS RELAÇÕES CONTINUADAS:
ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE
FAMÍLIA**

Rio de Janeiro
2015

Julianne da Silva Bittencourt Lopes

**A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA CONCRETIZADORA DO ACESSO À
JUSTIÇA NAS RELAÇÕES CONTINUADAS:
ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE
FAMÍLIA**

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito
para obtenção do título de Bacharel em
Direito da Universidade Federal do Estado
do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Domingues

Rio de Janeiro
2015

Julianne da Silva Bittencourt Lopes

**A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA CONCRETIZADORA DO ACESSO À
JUSTIÇA NAS RELAÇÕES CONTINUADAS:
ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE
FAMÍLIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, submetida à aprovação da banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Orientador: Eduardo Domingues

Prof.:

Prof.:

Rio de Janeiro, de de 2015.

Dedico o presente trabalho àqueles que acreditam e lutam pela pacificação social e, especialmente, à minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, ao meu amigo Rafael Federice que, durante uma conversa na volta para casa, me apresentou ao que veio a ser minha grande paixão e objeto de estudo: a Mediação.

Agradeço à minha querida amiga Luiza Carneiro por ser paciente enquanto eu discorria sobre todas as coisas que aprendi e estou aprendendo sobre Mediação.

Agradeço à Tania Almeida, a qual me ofereceu uma oportunidade única de estudar Mediação e futuramente, ser, também, uma Mediadora.

Agradeço à Daniela Rangel, à Ana Cláudia e ao Diego Dias por me receberem muito bem e me ajudarem na construção desse trabalho.

Agradeço a Victor Springer pelo apoio nessa nova fase que estou trilhando.

Agradeço aos meus pais por acreditarem na minha competência e se esforçarem para entender minha multidisciplinaridade.

Agradeço, ainda, a todos aqueles que disponibilizaram material e lembraram de mim ao ler ou escutar sobre algum evento de Mediação.

“A violência é uma resposta trágica a uma
necessidade não atendida.”

Marshall Rosenberg

RESUMO

A Mediação é um método autocompositivo de resolução de conflitos, sistematizado na década de 70, que traz para o Sistema de Justiça uma nova forma de tratamento dos conflitos. No presente trabalho, a partir de um estudo sobre o acesso à justiça e seus obstáculos, são realizadas considerações sobre como os indivíduos podem ter suas necessidades e interesses atendidos. Um daqueles obstáculos é o tratamento adequado dos conflitos, que até pouco tempo não era uma preocupação do Poder Judiciário. Assim, com o intuito de trabalhar todos esses temas de maneira mais completa, utilizou-se as relações continuadas de família para demonstrar as dificuldades de acesso com o sistema comum de justiça, heterocompositivo, e os benefícios da utilização da Mediação para tratar os conflitos advindos desse núcleo social.

Palavras-chave: Mediação; Resolução de Conflitos; Família; Princípios Constitucionais

ABSTRACT

Mediation is a method of conflict resolution, systematized in the 70s, it brings to the justice system a new way of treating these conflicts. In this paper, from a study on access to justice and their obstacles, some considerations are made about how individuals can have their needs met their interests. One such obstacle is the appropriate treatment of conflicts, which until recently was not a concern of the judiciary. Thus, to work all these issues more fully, were used family's continued relationships to demonstrate the difficulties of access to the ordinary justice system, and the benefits of using mediation to address conflicts arising from this social nucleus.

Key words: Mediation; Conflict Resolution; Family; Constitutional Principles

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1'	14
Gráfico 2'	14
Gráfico 3'	15
Gráfico 4'	15
Gráfico 5'	28
Gráfico 4.....	80
Gráfico 5.....	80
Gráfico 08.....	81
Gráfico 09.....	81
Gráfico 10.....	82
Gráfico 11.....	82

LISTA DE TABELAS

Tabela 1.....	53
---------------	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. ACESSO À JUSTIÇA.....	2
1.1 JUSTIÇA – UMA PALAVRA, MUITOS SENTIDOS.....	2
1.2 ACESSO À JUSTIÇA – HISTÓRICO.....	4
1.3 AS TRÊS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA.....	6
1.3.1 PRIMEIRA ONDA.....	6
1.3.2 SEGUNDA ONDA.....	7
1.3.3 TERCEIRA ONDA.....	8
1.4 ACESSO À JUSTIÇA – BRASIL.....	9
1.4.1 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ACESSO À JUSTIÇA.....	10
1.4.2 JUIZADOS ESPECIAIS E AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	12
1.5 OBSTÁCULOS A SEREM TRANSPOSTOS	12
1.5.1 OBSTÁCULOS DE NATUREZA LEGAL.....	13
1.5.2 OBSTÁCULOS DE NATUREZA ECONÔMICA.....	18
1.5.3 OBSTÁCULOS DE NATUREZA SOCIAL E CULTURAL.....	20
2. CONFLITO.....	24
2.1 CONCEITUAÇÃO.....	24
2.2 O CONTORNO DAS VARIÁVEIS QUE AFETAM O CURSO DOS CONFLITOS.....	25
2.3 CONFLITO COMO UM PROCESSO NATURAL E POTENCIALMENTE POSITIVO.....	26
2.3.1 CONFLITOS COMO DESTRUTIVOS OU CONSTRUTIVOS.....	29
2.4 CONFLITO E DIREITO.....	30
2.4.1 DIFERENÇA ENTRE CONFLITO E LITÍGIO/LIDE.....	30
2.4.2 O PROCESSO JUDICIAL E O CONFLITO.....	31
3. RELAÇÕES CONTINUADAS: FAMÍLIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	36
3.1 RELAÇÕES CONTINUADAS.....	36
3.2 CONCEITO DE FAMÍLIA.....	36
3.3 NOVOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	39
3.3.1 PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	39
3.3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	40
3.3.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	40
3.3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR.....	41
3.3.5 PRINCÍPIO DA NÃO-INTERVENÇÃO OU DA LIBERDADE.....	42
3.3.6 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	43
3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS PELO STJ.....	43

3.4.1 CASO 1 - CONCUBINATO, PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA CONCUBINA.....	43
3.4.2 CASO 2 - MELHOR INTERESSE DO MENOR E A RELAÇÃO ENTRE OS PAIS.....	45
3.4.3 CASO 3 - IMPORTÂNCIA DA ASSISTÊNCIA E FRATERNIDADE FAMILIARES – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	47
4 MEDIAÇÃO.....	51
4.1 HISTÓRICO DA MEDIAÇÃO.....	51
4.2 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS - DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, PRÁTICAS COLABORATIVAS, ARBITRAGEM, e TUTELA JURISDICIONAL.....	52
4.2.1 DIFERENÇA ENTRE HETEROCOMPOSIÇÃO E AUTOCOMPOSIÇÃO	52
4.2.2 CONCILIAÇÃO.....	53
4.2.3 ADVOCACIA COLABORATIVA.....	57
4.2.4 ARBITRAGEM.....	59
4.2.5 TUTELA JURISDICIONAL.....	60
4.3 O PROCESSO DE MEDIAÇÃO.....	61
4.3.1 LIMITES DO PROCESSO DE MEDIAÇÃO.....	61
4.4 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO.....	63
4.4.1 PRINCÍPIO DA IDEOLOGIA.....	64
4.4.2 PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE/AUTONOMIA DA VONTADE.....	64
4.4.3 PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA.....	65
4.4.4 PRINCÍPIO DA DECISÃO INFORMADA.....	65
4.4.5 PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE.....	66
4.4.6 PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE.....	66
4.4.7 PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE e PRINCÍPIO DA ORALIDADE.....	67
4.5 MEDIAÇÃO NO BRASIL.....	67
4.5.1 RESOLUÇÃO Nº 125 DO CNJ.....	67
4.5.2 MARCO LEGAL.....	68
4.6 OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO – CONCRETIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA, BUSCANDO A ORDEM JURÍDICA JUSTA.....	69
4.6.1 ADEQUAÇÃO.....	70
4.6.2 OBSERVAÇÃO DO CONFLITO POR COMPLETO.....	72
4.6.3 AUTORIA DAS DECISÕES	74
4.6.4 SOLUÇÕES DE BENEFÍCIO MÚTUO	76
4.6.5 MAIOR QUANTIDADE DOS ACORDOS E CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO..	78

4.6.6 OBSERVAÇÃO DO CONFLITO NO TEMPO DAS PARTES	82
4.6.7 MENOR GASTO FINANCEIRO.....	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
REFERÊNCIAS.....	88
REFERÊNCIAS DIGITAIS.....	89
ANEXOS.....	92
ANEXO 1 – PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1946.....	92
ANEXO 2 – REsp 1185337	94
ANEXO 3 – REsp 1428596.....	103
ANEXO 4 – REsp 1159242.....	114

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou entender quais são e como são enfrentados os obstáculos para acessar a justiça de forma ampla, incluindo não somente o Poder Judiciário, mas também e principalmente, a satisfação dos indivíduos que desejam ver seus interesses e necessidades atendidos.

Para tanto, no primeiro capítulo, foi selecionada doutrina estrangeira especializada, além de estudos de análise de dados brasileiros, que procuram demonstrar as dificuldades enfrentadas no país para se ter um direito reconhecido ou protegido.

No segundo capítulo, a visão dos obstáculos a serem enfrentados é ampliada para incluir o tratamento adequado dos conflitos. Dessa forma, são estudados o conceito e as características do conflito, além das diferentes formas com que se pode lidar com eles.

O terceiro capítulo procura trazer os conceitos trilhados no primeiro e segundo capítulos para as relações continuadas de família demonstrando, por meio dos princípios constitucionais do Direito de Família e de jurisprudência selecionada do Superior Tribunal de Justiça, como os membros dos núcleos familiares, com suas especificidades, acessam a justiça e até que ponto esse acesso satisfaz seus interesses e necessidades, além de garantir os princípios inerentes a esse grupo.

A Mediação é apresentada no quarto capítulo como o método adequado para que os membros de um núcleo familiar possam acessar a justiça. Isso porque esse instituto oferece uma gama de princípios e características que se adequam às próprias características das relações continuadas de família.

1 ACESSO À JUSTIÇA

1.1 JUSTIÇA – UMA PALAVRA, MUITOS SENTIDOS

De acordo com o Dicionário Novo Aurélio da Língua Portuguesa a palavra justiça tem origem no latim *justitia*, e significa *conformidade com o direito; a virtude de dar a cada um o que é seu; a faculdade de julgar segundo o direito e melhor consciência*, e, ainda, *ação de reconhecer os direitos de alguém a alguma coisa, de atender às suas reclamações, às suas queixas etc*, de acordo com o Dicionário Michaelis.

Para Aristóteles, porém, essa mesma palavra ganha um significado muito particular, de grande importância para o homem que deseja atingir o bem maior, que é, segundo ele, a felicidade, o desenvolvimento pessoal (*eudamonia*).

No Livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles trabalha os conceitos de justiça (*dikayosyne*) e injustiça (*aidikía*). A justiça é, na visão do filósofo (ARISTÓTELES, 1996, p. 193), a “*disposição da alma que graças a qual ela dispõe a fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o que é justo.*”

E prossegue:

“A justiça é a forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente a si mesmas como também em relação ao próximo.” (ARISTÓTELES, 1996, p. 195)¹

Enquanto, Aristóteles observa a justiça na interação com o outro, Platão, em *A República*, acredita que justiça “*consiste em cumprir o próprio dever e não intrometer-se naquele dos outros.*”²

Assim, em seu diálogo com Glauco, Sócrates debate sobre as virtudes que o Estado deveria apresentar:

S. - Assim, ao que parece, a capacidade de cumprir o próprio dever rivaliza em cada um com a sabedoria, a temperança e a coragem no aperfeiçoamento do Estado.

G. - Certamente.

1 ANTUNES, Fábio Luiz. *Ética e Justiça em Aristóteles*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9628&revista_caderno=15. Acesso em 15.03.2015

2 PLATÃO. *A República Parte 1*: Ed. Escala. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 4. p. 135

S. - E essa força que concorre junto das outras para o aperfeiçoamento do Estado não poderia ser definida como justiça?

G. - Sem dúvida alguma.

S. - Examine ainda a questão sob outro ponto de vista, para ver se você mantém a mesma opinião. Você daria o encargo de julgar os processos no Estado aos governantes?

G. - Certamente.

S. - Que outro princípio seguiriam os juízes, senão o de que cada um se abstenha de se apoderar das coisas de outrem e que não seja privado das próprias?

G. - Somente a esse.

S. - Por que é justo?

G. - Claro.”³

E, apresenta que a justiça é a força concorrente à sabedoria, à temperança e à coragem que permite o aperfeiçoamento do Estado. Sendo a conclusão lógica dessa premissa, permitir que o Estado julgue os processos, visto que os juízes seguiram um princípio justo, que é a própria definição de justiça.

Assim, o que é justo senão algo *conforme a justiça, legítimo e fundado*. Mais do que isso, justo também pode significar *exato, preciso⁴, que se ajusta bem, que se adapta perfeitamente⁵*.

A fim de acessar esse conteúdo conceitual de maneira diversa, podem ser citados os estudos realizados pela Professora Deborah Rhode, que indicam que a satisfação dos usuários está relacionada com um procedimento justo no devido processo legal e que a percepção de justiça aumenta quando há participação dos envolvidos no procedimento, além da participação como partes.⁶

Expandindo o foco da análise, e aproximando-o da Filosofia do Direito, Miguel Reale (2011, p. 374) apresenta o posicionamento dos neopositivistas e neoempiristas, para eles, “*a justiça é antes uma aspiração emocional, suscetível de*

3 PLATÃO. Ob. cit. p. 136

4 Significado de “justo” no Dicionário Novo Aurélio Século XXI: Nova Fronteira, 1999. p. 1171

5 Significado de “justo” no Dicionário Michaelis. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=justo>

6 RHODE, Deborah L., In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 135 In AZEVEDO, André Gomma (org.). 2013. Manual de Mediação Judicial (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD) p. 23

inclinam os homens segundo diversas direções, em função de contingências humanas de lugar e tempo.”

Já para o autor a justiça não se identificaria com os valores que dignificam o homem, como a liberdade, a igualdade, a ordem e a segurança, mas

“(...) é antes a condição primeira de todos eles, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica. Ela vale para que todos os valores valham. Não é uma realidade acabada, nem um bem gratuito, mas é antes uma intenção radical vinculada às raízes do ser do homem, o único ente que, de maneira originária, é enquanto deve ser.”⁷

Paulo Nader (2011, pp.105-106) coloca a justiça como “*síntese dos valores éticos.*” Se aproximando da definição de Platão, o autor afirma, ainda, que: “[A justiça] *Não é uma ideia inata, mas se manifesta já na infância, quando o ser humano passa a reconhecer o que é seu.*”

Todavia, Nader ressalva que “*dar a cada um o que é seu*” não está diretamente ligado à riquezas como pensou Locke. “O seu representa algo que deve ser entendido como *próprio* da pessoa.”⁸

O objetivo dessa contextualização não é limitar a definição de justiça, mas tão somente observar suas diversas vertentes exploradas ao longo dos anos, principalmente, pelo Direito e pela Filosofia. Concordando, inclusive, com o posicionamento de Miguel Reale, que prevê a complementariedade da qualidade subjetiva da justiça (virtude ou hábito) e da qualidade objetiva (realização da ordem social justa), visto que “*(...) esta ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos através do tempo.*” REALE, Miguel.⁹

Dessa maneira, colocando um olhar crítico sobre o conceito de justiça, é possível explorar a ideia do que significa ter acesso a ela e de quais maneiras isso pode e deve ocorrer.

1.2 ACESSO À JUSTIÇA – HISTÓRICO

Em 1978, Mauro Cappelletti e Bryant Garth realizaram uma pesquisa de mapeamento que analisou o significado de Acesso à Justiça, financiada pela

7 REALE, Miguel. Lições Preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 375

8 NADER, Paulo. Introdução ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 105

9 REALE, Miguel. Ob. cit. p. 376

Fundação Ford. Essa análise foi realizada “a partir dos obstáculos que entravavam a efetivação de direitos em diferentes estados nacionais.”¹⁰

Os autores, a partir dessa pesquisa, elaboram uma coletânea, que tem como introdução o livro *Acesso à Justiça*¹¹. Nele, eles apresentam uma evolução do conceito histórico do termo que dá título à obra.

Nos Estados Liberais *burgueses* do século XVIII e XIX, o acesso à justiça era entendido como “direito natural” e como tal não deveria sofrer ingerência do Estado. Os direitos naturais, naquele momento histórico, eram entendidos anteriores à construção da instituição do Estado e para serem exercidos e respeitados, era suficiente que o Estado prevenisse e remediasse a violação desses, e não sua postulação em juízo.

Diante desse quadro, “*fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso ao sistema, ou a disponibilidade de recursos para enfrentar o litígio, não eram sequer percebidos como problemas.*”¹²

As transformações sociais e econômicas operadas nas próximas décadas, (aceleração da industrialização, duas Guerras Mundiais etc), tiveram como consequência a modificação do caráter individualista dos direitos, passando a existir um movimento “*no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos.*”¹³

Concretizando a tendência, a Constituição da França de 1946, em seu preâmbulo (anexo 1), exemplificou os novos direitos humanos (direito à saúde, direito à educação etc) que permitem o efetivo acesso aos outros direitos. Mais do que isso, a defesa desses direitos derivaria, também, de uma atuação positiva do Estado, diferente da postura passiva que a instituição estava assumindo até aquele momento.

Assim, os “*Welfare States*” foram grandes promotores dessa nova proposta jurídica e social, “*procurando armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos*”¹⁴.

10 Atlas de Acesso à Justiça, Indicadores Nacionais de Acesso à Justiça. p. 11. Disponível em http://www.acessoajustica.gov.br/pub/downloads/caderno_inaj_2014.pdf. Acesso em 15.03.2015

11 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 1988. p. 4

12 CHAYES. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”. (O Papel do Juiz nos conflitos de Direito Público). In Harvard Law Review, v. 89, 1976, p. 1041-1048. In CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Ob. Cit. p. 10

13 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Ob. Cit. p. 10

14 CAPPELLETTI, Mauro, GARTH Bryant. Ob cit. p. 11

“Provavelmente o primeiro reconhecimento explícito do dever do Estado de assegurar igual acesso à justiça (pelo menos quando as partes estão na Justiça) veio com o Código Austríaco de 1895, que conferiu ao juiz um papel ativo para equalizar as partes”¹⁵.

Diante de todo esse contexto histórico, Cappelletti e Garth¹⁶, entendem o conceito de Acesso à Justiça como “*requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.*”

1.3 AS TRÊS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Para trabalhar esse conceito de forma mais concreta, é possível, a partir da década de 1965, observar, nos países ocidentais, três ondas de acesso à justiça¹⁷: a primeira, focada na assistência judiciária para os pobres; a segunda, objetivando a representação jurídica dos direitos difusos e a terceira, procurando um novo enfoque de acesso à justiça.

1.3.1 PRIMEIRA ONDA

A figura do advogado é importante e, muitas vezes, imprescindível para tratar assuntos jurídicos, na maioria dos ordenamentos jurídicos. Assim, o desafio enfrentado pelos países era permitir que as pessoas que não tivessem condições de arcar com os custos de um advogado pudessem ter acesso a esses serviços.

Dessa maneira, os primeiros esforços foram voltados para os “hipossuficientes juridicamente” que teriam na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental auxílio através do sistema *judicare*. Esse sistema consistia no pagamento dos honorários dos advogados que prestassem serviços aos “pobres” pelo próprio Estado. Diante de questões políticas e sociais¹⁸, foram pensadas outras possibilidades como os advogados remunerados pelos cofres públicos, que aproximaram os advogados dos indivíduos com “escritórios nas comunidades” e advogados servidores públicos em locais como Quebeque, no Canadá, que minimizaram algumas deficiências, mas não se colocaram como projetos completos

15 CAPPELLETTI, Mauro , GARTH Bryant. Ob cit. p. 11. Nota de rodapé nº 7

16 CAPPELLETTI, Mauro , GARTH Bryant. Ob cit. p. 12

17 CAPPELLETTI, Mauro , GARTH Bryant. Ob cit. p. 31

18 Como distanciamento dos indivíduos das questões jurídicas referentes aos direitos difusos e novos direitos; pensar os “pobres” como indivíduos, mas não como classe; número de advogados disponíveis para atender a população carente, acesso à verba insuficiente

para atender a população pobre e até mesmo a classe média, em alguns países.

Ainda que se considere que o Brasil não tenha participado das “três ondas” comentadas por Cappelletti e Garth¹⁹, pode-se citar, na década de 70, um estudo empírico desenvolvido por Boaventura de Sousa Santos que revelou a dificuldade de moradores de uma comunidade no Rio de Janeiro de acessar o Poder Judiciário.

O sociólogo morou por seis meses na comunidade do Jacarezinho e pode observar que a partir da dificuldade de acender ao sistema jurídico oficial, os cidadãos utilizavam outras estratégias para resolverem seus conflitos, concluindo, assim que a “justiça” não era só realizada pelo Estado.²⁰

1.3.2 SEGUNDA ONDA

Diante das limitações desses sistemas, principalmente, da necessidade de pensar coletivamente o acesso à justiça dentro da classe dos “pobres” e sobre direitos ambientais e do consumidor (não considerados nesse momento histórico) a segunda onda tem início.

Esse movimento, que nos Estados Unidos apareceu no período entre 1965 e 1970, buscou ampliar os limites do processo civil que recaiam sobre as partes.

“A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais.”²¹

No Brasil, os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos são definidos no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou **direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que

19 JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, Fundação Getúlio Vargas, v.9, n.18, 1996, p.390. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>. Acesso em 15.03.2015

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. Law and Society Review, v.12, n.1, outono 1977, p.5-126. In Atlas de Acesso à Justiça, Indicadores Nacioanis de Acesso à Justiça, 2014. p. 10. Disponível em http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj_2014.pdf

21 CAPPELLETTI, Mauro , GARTH Bryant. Ob cit. p. 49

sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou **direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou **direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (grifei)

Como se depreende da descrição, nos direitos difusos e coletivos existe uma coletividade, que, muitas vezes, não se poderá quantificar com a legitimidade ativa processual para reclamar esses direitos. Além disso, muitas outras questões processuais como a “citação”, a “coisa julgada”, o “direito de ampla defesa e o contraditório”, mais especificamente, o direito de ser ouvido em juízo, passam, nesse momento, por uma transformação/flexibilização, para se adequar a esses “novos” direitos.

1.3.3 TERCEIRA ONDA

As duas primeiras ondas tiveram a preocupação de encontrar representantes para direitos e interesses que não eram priorizados. Nessa terceira onda, a ideia é ampliar o acesso à justiça, não abandonando as técnicas das duas primeiras, mas considerando-as como um processo que criou possibilidades de melhoria que deve ser continuado.²²

“Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós denominamos 'o enfoque do acesso à Justiça' por sua abrangência.”²³

Nesse sentido, H. I. Jacob²⁴ afirma que “são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos.”

Assim, uma das preocupações centrais, nesse momento, era tornar efetivos

22 CAPPELLETTI, Mauro , GARTH Bryant. Ob cit. p. 67

23 CAPPELLETTI, Mauro , GARTH Bryant. Ob cit. p. 68

24 JACOB, H. I., *Acess do Justice in England*, seção VI A-D . In CAPPELLETTI, Mauro , GARTH Bryant. Ob cit. p. 69

os direitos percorridos pelos advogados e defensores nas duas primeiras ondas, para isso era fundamental que fossem criados mecanismos procedimentais para tornar exequíveis os avanços alcançados.²⁵

Noberto Bobbio em *A era dos Direitos* (1992, p.25) trata sobre a efetivação dos direitos, afirmando que:

“Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (...)”

Uma possibilidade de como isso seria concretizado é se adaptando o processo civil ao tipo de litígio que se pretende solucionar. O professor Frank Sender, por exemplo, pensou no que chamaram de Sistema Multiportas (Multi-door system, em inglês).

O Tribunal MultiPortas tem como ideia escolher o método (Mediação, Conciliação, Arbitragem, Negociação etc) para tratar o conflito apresentado pelas partes, assim cada conflito seria tratado com o método que trabalhasse as questões inerentes a ele, uma tratamento mais adequado, mais apropriado.²⁶

Outra questão levantada, diz respeito aos participantes do processo e sua relação. Dependendo de que tipo de relação, mais duradoura ou pontual, seria possível considerar diferentes métodos para a resolução do conflito instalado entre elas.

Uma última questão apontada por Cappelletti e Garth trata sobre a repercussão das disputas. Elas são tanto individuais como coletivas e dependem de quão “poderosa” financeira, social e politicamente, uma parte pode ser, por exemplo.

Diante de diferentes fatores, a terceira onda pretende englobá-los, reconhecendo sua importância no mundo atual e buscando possibilidades para concretizar o efetivo acesso à justiça.

1.4 ACESSO À JUSTIÇA – BRASIL

Como citado, anteriormente, o Brasil não é incluído nas ondas renovatórias de

25 CAPPELLETTI, Mauro , GARTH Bryant. Ob cit. p. 69

26 Tribunal Multiportas – Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 32

acesso à justiça consideradas por Cappelletti e Garth, porém na década de 80, intensifica-se a produção de estudos críticos sobre direito e justiça.

A Nova Escola Jurídica Brasileira, os estudos organizados em 1987 por José Geraldo de Sousa Junior, na Universidade de Brasília e Joaquim de Arruda Falcão sobre conflitos urbanos em Recife são exemplos importantes desse momento.²⁷

Na década de 90, Eliane Botelho Junqueira²⁸ realiza estudo de revisão bibliográfica e afirma que, diferentemente dos países centrais, que trabalhavam na simplificação dos procedimentos e possibilidades alternativas ao Tribunal, no Brasil os debates eram outros.

No início dos anos 80, o contexto era a abertura política, os movimentos sociais e as demandas por direitos coletivos e difusos, que foram impulsionados pelas greves no final dos anos 70. Somou-se a isso a presença do pensamento marxista e de Boaventura de Sousa Santos, que desenvolveu trabalhos no Brasil, no início dos anos 70, desencadeando o tema do pluralismo jurídico e, indiretamente, o acesso à justiça.²⁹

Ao longo dos anos, muitos foram os juristas³⁰ que também, se debruçaram sobre o tema, aqui no Brasil, reforçando a necessidade de colocar o Acesso à Justiça em pauta.

1.4.1 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição de 1988 positivou algumas, das muitas reivindicações populares da década de 80, que tratavam sobre a participação política e o respeito à dignidade da pessoa humana. Trazendo em seu artigo 5º o rol de direitos e garantias fundamentais, a nova Carta Magna brasileira inaugurou um momento de muita esperança e expectativa para os cidadãos.

27 Atlas de Acesso à Justiça, Indicadores Nacionais de Acesso à Justiça, 2014. Disponível em http://www.acessoajustica.gov.br/pub/downloads/caderno_inaj_2014.pdf. p. 11

28 JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Ob cit. p.389-402.

29 JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Ob cit., p.391.

30 BERIZONCE, Roberto Omar. Efectivo acceso a la justicia: prólogo de Mauro Cappelletti SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. (2) SADEK, Maria Tereza Aina. O Sistema de Justiça. São Paulo: Sumaré, 1999 (1) VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. (2) VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999. SINHORETTO, Jacqueline. A justiça perto do povo: reforma e gestão de conflitos. São Paulo: Alameda, 2011. ANNONI, Denielle. O direito humano de acesso à justiça no Brasil. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

O inciso XXXV do artigo 5º³¹, nesse sentido, traz o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que se destinando, a princípio, ao legislador, indica que ele ao elaborar leis “*não poderá criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao Judiciário.*”³²

Esse princípio é importante, pois nas décadas de 60 e 70, o governo brasileiro, por intermédio de leis e decretos, permitiu que lesões à direitos fossem excluídas da apreciação judiciária limitando assim, o acesso à própria justiça.

Apesar de fazer menção expressa ao procedimento legislativo, à criação de leis, o princípio da inafastabilidade da jurisdição se direciona a todos, de modo geral.

Assim, tem-se que esse comando constitucional prevê a proteção, por parte dos cidadãos, legisladores ou não, a “direito”, seja ele público, privado, individual, coletivo ou difuso.

Diante dessa garantia abrangente, se entende³³ que o inciso XXXV do artigo 5º é considerado a própria positivação do acesso à justiça.

Dentro da Constituição Federal de 1988 podemos encontrar outras normas que se coadunam com o ideal das duas primeiras ondas renovatórias propostas por Cappelletti e Garth: (a) o inciso LXXIV do artigo 5º³⁴ prevê a assistência jurídica integral e gratuita por parte do Estado, que é concretizada por meio da Defensoria Pública³⁵; (b) o inciso I do artigo 98³⁶ que estabelece de criação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/90), “*com ênfase na informalidade do procedimento e na participação popular através do incentivo à conciliação, e à participação de juízes leigos*”³⁷; (c) o inciso III, do artigo 129, que oferece tratamento

31 Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

32 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ed. Rev. Atual. Ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011. p. 902

33 Pedro Lenza (2011, p. 902) apresenta quatro nomeclaturas para o princípio: “O princípio da inafastabilidade da jurisdição é também nominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao Judiciário, ou conforme assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiquidade da Justiça.”

34 LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

35 Órgão de orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e defesa judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos dos necessitados. Art. 1º da Lei Complementar nº 80/1994.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm

36 Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

37 CABRAL, Marcelo Malizia. Os meios Alternativos de Resolução de Conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,

constitucional à ação civil pública, possibilitando assim a defesa de direitos coletivos e difusos.

1.4.2 JUIZADOS ESPECIAIS E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Os Juizados Especiais e a Ação Civil Pública trazidos pela Constituição de 1988 são duas importantes inovações que visavam permitir cada vez mais o acesso ao judiciário para a população brasileira.

Os Juizados Especiais no sentido de descentralizar a justiça, regionalizando-a para torná-la mais próxima dos indivíduos. Para isso, os JE's seriam criados nos bairros com serviço de assistência judiciária e atenderiam causas de baixa complexidade.

Além disso, a lei 9.099 oferecia a possibilidade de realização de audiências em período noturno, de estar em juízo sem a presença de um advogado, para os maiores de dezoito anos³⁸ e a dispensa de custas em primeiro grau de jurisdição.

Já a Ação Civil Pública trazia os preceitos da segunda onda renovatória da justiça, com o intuito de assegurar a defesa coletiva de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, legitimando um grande número de entes.³⁹

O Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em sua obra⁴⁰ realiza um estudo interessante sobre a concretização do acesso à justiça por meio desses dois instrumentos, utilizando uma pesquisa de campo com bases em três princípios: acessibilidade, operosidade e utilidade.

Apesar das previsões constitucionais e dos novos institutos, os obstáculos a serem enfrentados pelos cidadãos brasileiros não foram todos superados. Dessa maneira, no intuito de analisar os principais problemas enfrentados, no caso brasileiro serão discriminados a seguir “os obstáculos a serem transpostos”⁴¹.

1.5 OBSTÁCULOS A SEREM TRANSPOSTOS

Os obstáculos são uma rede complexa de características financeiras, sociais e legais e, por isso, não devem ser pensados separadamente, como se a transposição de um não afetasse o outro. Contudo, no intuito de realizar uma

Departamento de Artes Gráficas, 2013.

³⁸ Nas causas até vinte salários mínimos.

³⁹ Art. 5º, I e II da LACP e Art. 82, I a IV do CDC.

⁴⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁴¹ Nomeclatura utilizada por CAPPELLETTI e GARTH. Ob cit. p. 15

apresentação didática do tema, os obstáculos serão analisados separadamente.

1.5.1 OBSTÁCULOS DE NATUREZA LEGAL

Os obstáculos de natureza legal estão mais relacionados ao próprio Poder Judiciário e como as demandas se desenrolam dentro dessa instituição.

As principais críticas giram em torno do excesso de formalismo dos processos judiciais, das muitas possibilidades de impugnação⁴² e do crescente número de autos em estoque⁴³, o que torna o processo temporalmente imprevisível e, na maioria das vezes, longo.

O cenário brasileiro atual não é muito animador - apesar das mudanças⁴⁴ trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em 2016 - os dados demonstram a necessidade de mudanças urgentes e profundas no Sistema Judiciário.

Para ilustrar esse quadro, serão utilizadas estatísticas no CNJ e pesquisas realizadas no âmbito do Poder Judiciário.

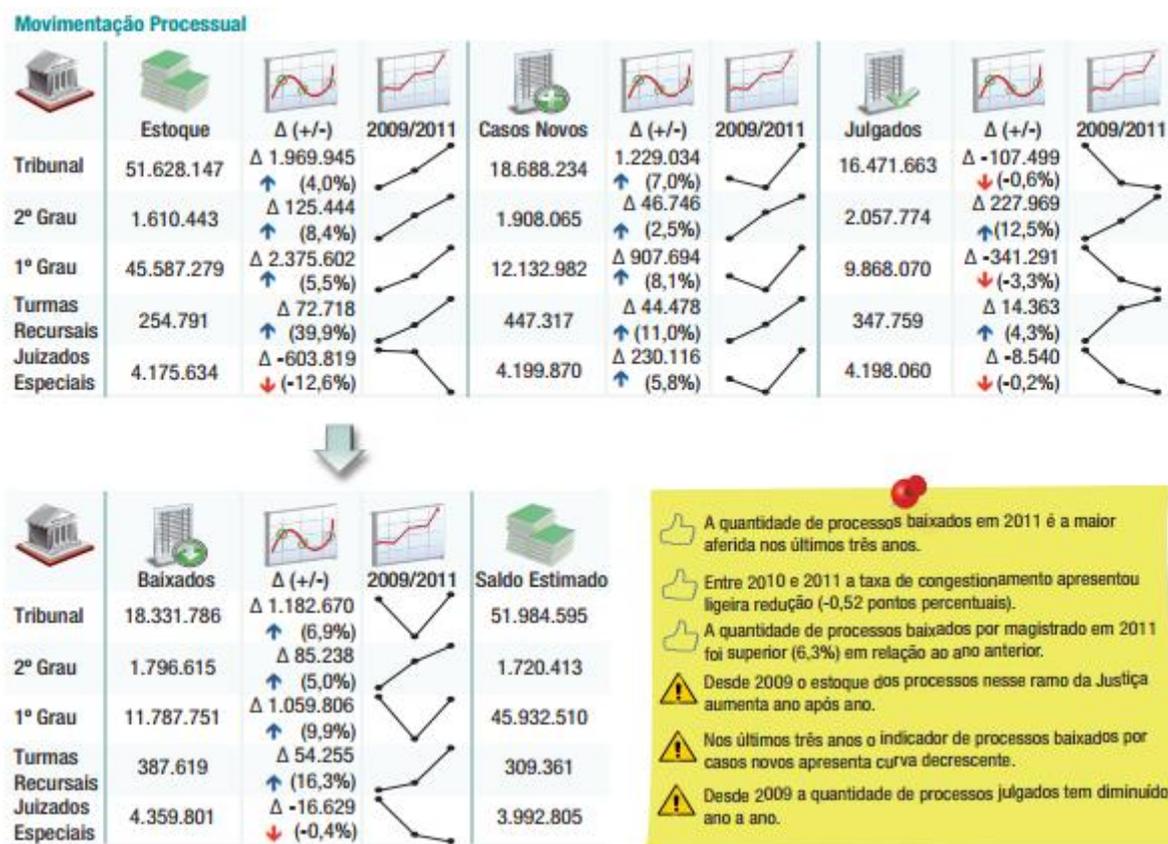
No início do ano de 2011 (gráfico 1), havia na Justiça Estadual 51.628.147 processos, ao final desse período 51.984.595 processos; o ano de 2012 (gráfico 2) começou com 52.018.720 processos e terminou com 52.790.134, já no ano de 2013 (gráfico 3) a Justiça Estadual começou com 53.952.374 processos e fechou o ano com um total de 55.307.809 processos.

42 CABRAL, Marcelo Malizia. Ob cit. p. 21

43 Comparação dos Relatórios de 2012, 2013 e 2014 referentes à Justiça Estadual, apresentados pelo CNJ – Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/relatorios> Acesso em 04.05.2015.

44 O Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em 17 de março de 2016, traz mudanças que visam melhorar essa situação. Em relação aos formalismos, a conciliação e a mediação ganham destaque, em relação aos recursos, alguns foram eliminados e outros modificados, houve a criação dos honorários recursais, que correspondem à fixação de honorários para fase recursal e a retirada do juízo de admissibilidade do juízo *a quo*, nos casos dos recursos de apelação, ordinário, especial e extraordinário, sendo esses recursos encaminhados diretamente ao juízo *ad quem*.

Gráfico 1'



Fonte: Justiça em números – Relatório 2012, p. 81

Gráfico 2'

Movimentação Processual

	Estoque	Δ (+/-)	Casos Novos	Δ (+/-)	Julgados	Δ (+/-)	Baixados	Δ (+/-)	Saldo Estimado
2º Grau	1.616.374	↑ 0,3%	2.118.193	↑ 11,0%	2.215.198	↑ 7,7%	2.045.435	↑ 12,6%	1.689.132
1º Grau	45.680.963	↑ 1,9%	13.161.705	↑ 9,1%	9.929.067	↑ 1,3%	12.609.020	↑ 8,1%	46.233.648
Turmas Recursais	322.726	↑ 27,8%	515.577	↑ 15,3%	422.908	↑ 22,1%	466.281	↑ 20,6%	372.022
Juizados Especiais	4.398.657	↑ 5,9%	4.244.564	↑ 2,4%	4.453.990	↑ 6,4%	4.147.889	↓ -3,8%	4.495.332
Total	52.018.720	↑ 2,3%	20.040.039	↑ 8,0%	17.021.163	↑ 3,8%	19.268.625	↑ 6,0%	52.790.134

Fonte: Justiça sem Números – Relatório 2013, p. 81

Gráfico 3'

Movimentação Processual

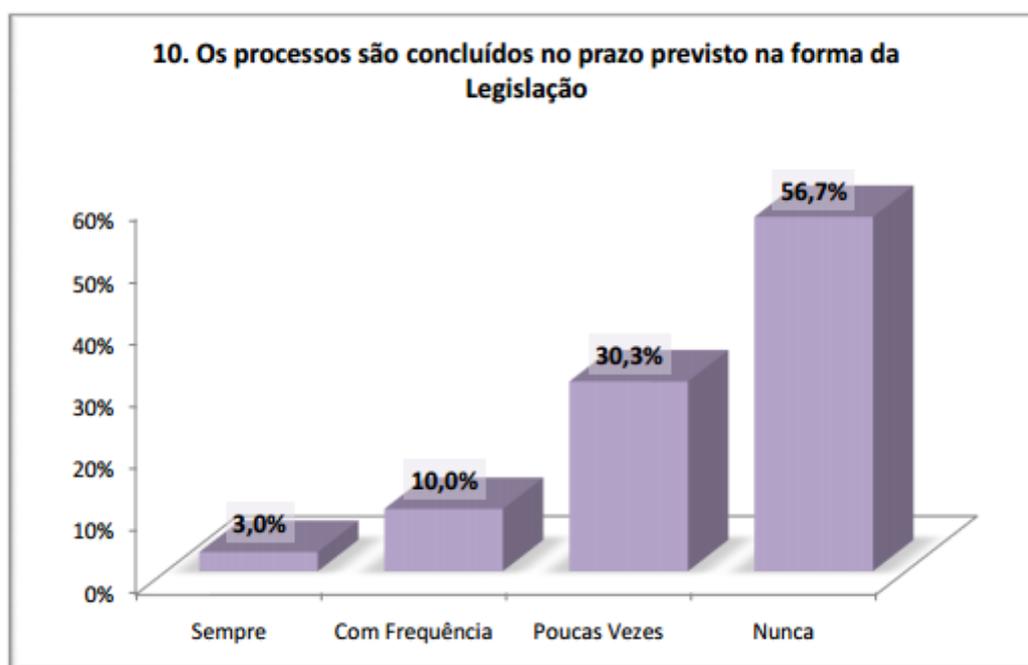
	 Estoque	 Δ (+/-)	 Casos Novos	 Δ (+/-)	 Julgados	 Δ (+/-)	 Baixados	 Δ (+/-)	 Saldo Estimado
2º Grau	1.695.172	↑ 2,4%	2.098.490	↓ -1,5%	2.221.618	↑ 0,4%	2.122.148	↑ 3,4%	1.671.514
1º Grau	47.104.212	↑ 3,2%	12.866.587	↑ 0,6%	10.571.149	↑ 6,8%	11.771.991	↓ -4,2%	48.198.808
Turmas Recursais	244.099	↓ -24,4%	512.249	↓ -0,9%	470.182	↑ 9,9%	428.994	↓ -8,0%	327.354
Juizados Especiais	4.908.891	↑ 8,9%	4.804.855	↑ 13,5%	4.642.170	↑ 3,6%	4.603.613	↑ 8,7%	5.110.133
Total	53.952.374	↑ 3,5%	20.282.181	↑ 3,1%	17.905.119	↑ 5,2%	18.926.746	↓ -0,6%	55.307.809

Fonte: Justiça em Números – Relatório 2014. p.81

Em dois anos, a diferença entre o final e o início do ano foi, em 2011, de 356.448 processos para, em 2013, de 1.355.435 processos. Ou seja, mais processos permaneceram dentro do Poder Judiciário sem uma resolução.

Os usuários do sistema judiciário (advogados, partes etc) observam essa situação no cotidiano. Em uma pesquisa feita também pelo CNJ em 2011, para avaliar a satisfação dos usuários do sistema, fica evidente a sensação de que o tempo de duração do processo não corresponde ao legalmente previsto, mais de 50% dos entrevistados responderam que o processo “NUNCA” é concluído no prazo previsto.

Gráfico 4'



Os números mais atuais mostram quase 100 milhões de processos para 16,5 mil juízes em atividade, o que oferece uma média de 6.060 processos para cada magistrado.⁴⁵

É interessante observar, contudo, que um olhar menos atento ao contexto brasileiro poderia sugerir que os cidadãos têm uma postura litigante e isso se propaga a cada ano, elevando os números apresentados.

Sobre essa postura litigante Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso⁴⁶ escrevem:

(...) O que varia de país para país é precisamente a capacidade de adaptação da oferta judicial à procura judicial. Quando tal capacidade está totalmente ausente, a oferta judicial não deixa de atuar sobre a procura judicial, mas dessa vez fá-lo desencorajando esta última, aumentando com isto a discrepância entre procura potencial e procura efetiva. Nalguns países, a queda da procura da tutela judicial em certas áreas não tem outra justificação senão o desincentivo sobre a procura resultante da fraca qualidade da oferta. (grifei)

Ou seja, o aumento da procura judicial, está relacionado à disponibilidade de oferta judicial (qualificada). No Brasil, pode-se observar o aumento da oferta com o processo ocorrido e comentado no tópico 'Acesso à Justiça – Brasil', que permitiu que muitos cidadãos utilizassem o sistema de justiça como forma de atingir a própria justiça.

Isso ocorreu, sem contudo, serem oferecidos outros meios de acesso à Justiça, sobrecarregando, assim o Poder Judiciário com demandas as mais variadas possíveis.

Nos locais onde existem diferentes possibilidades de acessar à justiça, como a 'informalização', ocorrem mudanças no padrão de litigação:

Aliás, a razão pela qual a relação entre desenvolvimento socio-econômico e cultura jurídica, por um lado, e padrão de litigação, pelo outro, não é unívoca reside em que o sistema judicial, por si ou pela interferência dos outros poderes políticos, não assiste passivo às variações da procura de tutela judicial, sempre que estas excedem limites considerados toleráveis. Foi por essa razão que se realizaram as reformas de informalização da Justiça já acima mencionadas, e além delas podíamos citar muitas outras: a desjudicialização dos litígios de cobrança das dívidas (Dinamarca), ou dos divórcios por mútuo consentimento (Portugal); a introdução da

45 Citado pelo Presidente do CNJ, Ricardo Lewandowski no Fórum Nacional de Mediação e Conciliação. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79021-mediacao-e-conciliacao-no-foco-da-magistratura-nacional>

46 SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. Coimbra: Oficina do CES. nº 65. 1995. p. 44

responsabilidade objetiva nos acidentes de viação (França, Portugal); as propostas cada vez mais insistentes para descriminar o consumo de drogas (Holanda). O que varia de país para país é precisamente a capacidade de adaptação da oferta judicial à procura judicial. Quando tal capacidade está totalmente ausente, a oferta judicial não deixa de atuar sobre a procura judicial, mas dessa vez fá-lo desencorajando esta última, aumentando com isto a discrepância entre procura potencial e procura efetiva. Nalguns países, a queda da procura da tutela judicial em certas áreas não tem outra justificação senão o desincentivo sobre a procura resultante da fraca qualidade da oferta.⁴⁷

Contudo, não pode-se prescindir dos números, os quais são elevados, convidando o olhar para a questão quantitativa. Porém, além do grande número de processos que permanecem no sistema a cada ano, ainda há o desrespeito à ordem jurídica e, conseqüentemente, à qualidade do serviço prestado pelo Estado.

Nesse sentido, pode-se citar a Ementa Constitucional nº 45/2004, que além de outras alterações, modificou a redação do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (grifei)

Dessa maneira, a “razoável duração do processo” passou a ser uma garantia fundamental que norteia o âmbito judicial e administrativo, assim como o devido processo legal⁴⁸, o contraditório e a ampla defesa⁴⁹, e inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos⁵⁰.

E, como garantia fundamental o dispositivo acima tem aplicação imediata, assim como prevê o parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Magna:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Contudo, são recentes os esforços visíveis para alterar esse quadro, por exemplo, a Resolução nº 125/10 do CNJ, sobre tratamento adequado de conflitos e

47 SANTOS, Boa Ventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João. Ob cit p. 15
48 Art. 5º, LIV, CF/88 - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

49 Art. 5º, LV, CF/88 - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
50 Art. 5º, LVI, CF/88 - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

as mudanças feitas no Novo Código de Processo Civil comentadas acima.

1.5.2 OBSTÁCULOS DE NATUREZA ECONÔMICA

Atualmente, no Brasil existem duas formas de uma pessoa física acessar o Poder Judiciário sem arcar com valores. A primeira, os Juizados Especiais que permitem o ingresso de uma demanda sem o pagamento de custas e nas causas até 20 salários-mínimos, sem, também, a presença de um advogado. E a segunda, com uma declaração que demonstra, a parte não poder arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios sem seu sustento e de sua família, nos termos do artigo 4º da Lei 1.060/50.

Assim, se um cidadão deseja “entrar na Justiça” comum, ele ou ela deve arcar com uma tabela de custas judiciais que vão desde a distribuição até os variados recursos possíveis, além dos honorários contratados com seu advogado e, no caso de revés, os honorários sucumbenciais.

Em pesquisa realizada pelo CNJ sobre a fixação de Custas Judiciais no Brasil⁵¹, a análise comparativa entre todas as Unidades da Federação demonstrou que estados com IDH e renda per capita mais alto também são aqueles onde as custas e taxas judiciais são as mais baixas e, o contrário também é verdadeiro: os estados com IDH e renda per capita mais baixos são aqueles, em que as custas e taxas judiciais são mais elevadas.

A conclusão do estudo demonstra que a dificuldade financeira de se acessar à justiça aumenta nos Estados em que o nível de escolaridade, de renda e longevidade é menor. Ou seja, as custas e taxas judiciais podem ser vistas como um obstáculo para demandar em Juízo nesse estados, dada a própria condição dos cidadãos.

Além disso, o estudo também traz alguns exemplos europeus, onde, de modo geral as custas não são elevadas:

“Em alguns países, a determinação das custas judiciais é relacionada com os custos operacionais do processo judicial (caso do Reino Unido) e, em outros, as custas são parceladas e segmentadas em razão da etapa processual, visando estimular que as partes efetuem uma conciliação antes do término do processo (caso de Alemanha⁵² e Finlândia). Um caso

51 Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional. Brasília. Agosto, 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/36-197-1-PB.pdf>

52 Vide paper “The Justice System of the Federal Republic of Germany: Lessons for Developing and Transition Countries” Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/.../GermanWorkshopTalks.pdf> In

interessante é o da Finlândia⁵³, onde as custas são pagas no final do processo e seu valor depende do estágio em que o processo é interrompido ou finalizado: 72 euros, se a lide termina antes da audiência preliminar; 102 euros se o juiz participa da audiência de conciliação; e 164 euros se o processo se estende até a sentença final do juiz.”⁵⁴

O outro aspecto oferecido por esse obstáculo é o acesso à informação e assessoria jurídica.

Atualmente, no Brasil existem 870. 213 advogados⁵⁵, em uma população de 204. 198. 456⁵⁶ habitantes. Cada Unidade da Federação tem sua Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, que possui uma tabela de honorários, devidos pelo serviço prestado por esses profissionais.

Contudo, grande parte dessa população não tem condições de arcar com as custas de um advogado, ou seja, é potencialmente usuária dos serviços de advogados dativos ou da Defensoria Pública.

Ocorre que o sistema de assistência jurídica gratuita, previsto constitucionalmente, não é suficiente para atender toda essa população, não só pela questão territorial, mas também pelo contingente disponível, que é reduzido⁵⁷.

Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional. Brasília. Agosto, 2010. p. 36 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/36-197-1-PB.pdf>. Acesso em 15.03.2015

53 EUROPEAN COMMISSION. “Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union – Final Report”, 2007, p. 63. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/cost_civil_proceedings/cost_proceedings_final_report_en.pdf In Ob cit. p. 36

54 Ob cit. pp. 36-37.

55 Número de advogados no Brasil.

<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em 03.05.2015

56 População Brasileira <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em 03.05.2015

57 “As análises sobre as taxas de pessoas com até três salários-mínimos por defensor público evidenciaram a insuficiência generalizada de defensores nos estados. Nesse sentido, considerando a proporção de 10.000 pessoas com até três salários-mínimos por defensor público como um parâmetro que as Defensorias Públicas devem perseguir para conseguir prestar um serviço público de qualidade, é possível estimar a quantidade mínima de defensores necessários nos estados e, conseqüentemente, o déficit atual de provimento de cargos. Os únicos estados que não apresentam déficit de defensores públicos, considerando o número de cargos providos, são Distrito Federal e Roraima; os que possuem déficit até 100 defensores públicos são Acre, Tocantins, Amapá, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rondônia e Sergipe. Os estados com os maiores déficits em números absolutos são São Paulo (2.471), Minas Gerais (1.066), Bahia (1.015) e Paraná (834). O déficit total do Brasil é de 10.578 defensores públicos. Este ideal de proporção populacional pode ser muito difícil de atingir em alguns estados e, considerando a faixa de 10.000 a 15.000 pessoas com até três salários-mínimos por defensor público, calculou-se também o déficit de defensores públicos para cada 15.000 pessoas com até três salários-mínimos. Nesse caso, o déficit de defensores cai para 5.938 e, além de Distrito Federal e Roraima, mais quatro estados deixam de apresentar déficit: Acre, Paraíba, Tocantins e Mato Grosso do Sul. Apenas o estado de São Paulo permanece na faixa de pior déficit, com 1.489 cargos a menos do que o necessário. Apenas 124 comarcas não apresentam déficit de defensores, considerando como necessário um defensor público para cada 10.000 habitantes, de modo que 95,4% das comarcas

Assim, muitas pessoas não tem acesso à informação ou garantias jurídicas, pela questão financeira.

1.5.3 OBSTÁCULOS DE NATUREZA SOCIAL E CULTURAL

Cappelletti e Garth (1988, p. 22) utilizam o subtítulo “*Aptidão para reconhecer um Direito e propor uma Ação ou Sua Defesa*” para tratar da “capacidade jurídica” dos indivíduos. Essa capacidade jurídica está relacionada, entre outras coisas, com o status social, nível e tipo de escolaridade e possibilidade financeira.

Assim, diante dessas variáveis, eles trabalham com níveis a serem transpostos. O primeiro nível é “*reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível*”. Não só para os indivíduos de camadas socioeconômicas inferiores, mas também para a grande população, falta o conhecimento básico para identificar em uma determinada situação um problema jurídico. Assim, muitas vezes os direitos desses indivíduos podem ser feridos sem que eles tenham consciência disso.

O segundo nível cuida da informação qualificada. A limitação de “*conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda*” se coloca como um obstáculo, porquanto esse conhecimentos, na maioria das vezes, está nas mãos de advogados e indivíduos ligados ao Judiciário.

Se um indivíduo, mesmo tendo conhecimento sobre o seu direito, não consegue adquirir o conhecimento sobre o “processo” pelo qual esse direito deve passar e ter o acompanhamento de um defensor ou advogado, não poderá exercer esse direito.

Diante desse cenário, foi realizado um estudo na Inglaterra, tendo como conclusão a seguinte premissa:

“Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los.”⁵⁸

brasileiras ou não possuem defensor público ou possuem em número insuficiente. Cerca de um terço do deficit de defensores públicos é referente a comarcas já atendidas pela Defensoria, pois 87,3% das comarcas com Defensoria Pública ainda apresentam déficit de defensores.” MOURA, Tatiana.Whately de, CUSTÓDIO. Rosier Batista. SILVA, Fábio de Sá e. CASTRO, André Luis Machado de. Mapa na Defensoria Pública no Brasil. 1ª ed, Brasília: ANADEP, 2013. pp. 41-42. Disponível em http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03_paginas_separadas.pdf. Acesso em 15.03.2015

58 MAYHEW. “Institutions of Representation: Civil Justice and the Public”. (Instituições da Representação Judicial: A Justiça Comum e o Público). In *Law & Society Review*, v. 9, 1975, p. 401, 406. In CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Ob cit. p. 23

Ou seja, a informação é vital para ter acesso à justiça, não só para perseguir o direito, como é mais usual pensar, mas também, para se defender, visto que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prevê em seu artigo 3º que “ninguém se escuda de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

O terceiro nível, proposto pelos estudiosos, é a “*disposição psicológica das pessoas para recorrer à processos judiciais*”. Diante das dificuldades financeiras, culturais e sociais também deve ser considerada a visão que os possíveis jurisdicionados têm de toda estrutura Judiciária e sua percepção ao acesso à Justiça⁵⁹.

Esse terceiro nível observa algumas questões como a desconfiança nos advogados, “*procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam (...), juízes e advogados*”, que são “*figuras tidas como opressoras*”.

Nesse sentido,

“As pesquisas sobre o Poder Judiciário⁶⁰ tem apontado que o jurisdicionado percebe os tribunais como locais onde estes terão impostas sobre si decisões ou sentenças. De fato, esta tem sido também a posição da doutrina, sustenta-se que de um lado cresce a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como, dentre outros, a sobrecarga dos tribunais⁶¹, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual; por outro lado, tem se aceitado o fato de que o escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é harmonizar a sociedade mediante critérios justos e, ao mesmo tempo, apregoa-se uma “tendência quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição que é o abandono de fórmulas exclusivamente positivadas”⁶²”

59 “Pesquisa revela que apenas 29% da população confia no Judiciário”. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI218049,91041-Pesquisa+revela+que+apenas+29+da+populacao+confia+no+Judiciario>. Acesso em 30.03.2015.

60 Eg. SOUSA SANTOS, Boaventura de, “Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas”, in SOUSA SANTOS, Boaventura de et al, Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas Porto: Afrontamento, 1996 pp. 19-56 In AZEVEDO, André Gomma (org.). 2013. Manual de Mediação Judicial Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. p. 28

61 Eg. WATANABE, Kazuo, Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado de Conflitos de Interesse In PELUZO, Min. Antônio Cezar e rixa, Morgana de Almeida (Coords.) Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

62 DINARMO, Cândido Rangel, A Instrumentalidade do Processo, Ed. Malheiros, 8ª Edição, São Paulo, 2000, p. 157 – A expressão original do autor é “abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas”, contudo, entende-se mais adequada a indicação de que a autocomposição, com sua adequada técnica, consiste em um instrumento jurídico. Isto porque se consideram as novas concepções de Direito apresentadas contemporaneamente por diversos autores, dos quais se destaca Boaventura de Souza Santos segundo o qual “concebe-se o direito com o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a identificação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada” (SANTOS,

Diante de todos os obstáculos aqui tratados, percebe-se que é o Acesso à Justiça é uma questão multifatorial, com vertentes que se conectam, mas ao mesmo tempo precisam de atores diferentes para sua resolução.

Encerrando o Capítulo, é interessante que sejam identificados os principais pontos aqui tratados. Para isso, foi selecionado um trecho do professor Kazuo Watanabe⁶³ que realiza a tarefa brilhantemente, trazendo uma perspectiva inovadora para esse direito fundamental:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. **Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.** Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. (...) São seus elementos constitutivos: a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características. (grifei)

Diante de todos esses obstáculos o mundo e, mais recentemente, o Brasil vem adotando políticas públicas e legislações que permitam seus cidadãos acessarem o Judiciário, como foi visto anteriormente.

Contudo, existem obstáculos mais abstratos do que valores financeiros e quantidade de advogados, por exemplo, que precisam de um olhar mais apurado para ser percebidos e, assim, transpostos.

E como afirma o Professor Kazuo, “*uma empreitada assim ambiciosa requer,*

Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 72) In AZEVEDO, André Gomma (org.). Ob cit. p. 28

63 WATANABE, Kazuo . Acesso à justiça sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.). Participação e Processo. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1988, v. , p. 128. In MINGATI, Vinícius Secafen. RICCI , Milena Mara da Silva .Conceito de Acesso à Justiça: A efetividade do processo como garantia de acesso à uma ordem jurídica justa. Disponível em <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/1.pdf>. Acesso em 24.05.2015.

antes de mais nada, uma nova postura mental.” Essa nova postura mental oferece o olhar mais cuidadoso e porque não, mais adequado à garantia da ordem jurídica justa.

Dessa maneira, o tópico adiante pretende demonstrar que o acesso à justiça além de todas as questões discutidas nesse capítulo, também deve considerar outro aspecto nem sempre observado, a natureza do conflito que gerou o litígio.

Isso porque, para dar a cada um o que é seu, – tempestiva, eficaz e eficiente - os cidadãos precisam do tratamento adequado dos seus conflitos, que se inicia no entendimento do que é o conflito e como ele se relaciona com as questões judiciais.

2 O CONFLITO

2.1 CONCEITUAÇÃO

Para iniciar esse capítulo, será utilizada, também, uma análise semântica, assim como feito com o vocábulo ‘justiça’ no Capítulo 1.

Dessa maneira, “conflito” pode apresentar os seguintes significados: (a) embate dos que lutam; (b) discussão acompanhada de injúrias e ameaças; desavença; (c) guerra; (d) luta, embate⁶⁴.

Pode-se dizer que todos esses sinônimos do termo, dentro da cultura brasileira, tem um sentido negativo: ‘ameaça’ é uma promessa de malefício; ‘injúria’ é o ato ou efeito de injuriar ou aquilo que é injusto; ‘guerra’, entre outros sentidos, também, assume o sentido de oposição, hostilidade⁶⁵.

Ou seja, se duas ou mais partes estão em conflito, entende-se que estão em uma situação negativa, indesejável.

Contudo, há também outros significados que oferecem uma visão “menos alarmista”. É o caso conceituações de Morton Deutsch⁶⁶ e Douglas H. Yarn⁶⁷.

Para Morton Deutsch (1973, p. 10), “*um conflito existe sempre que atividades incompatíveis ocorrem*”. E para Douglas H. Yarn (1999, p. 113), o conflito é “*um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis*.”⁶⁸

Os dois autores usam a palavra “incompatível” e, claramente, ela não se afasta de um sentido negativo dentro do sistema de linguagem brasileiro, mas oferece uma brecha para percepções diferentes do que é um conflito.

A incompatibilidade vem da percepção das partes que suas vontades são antagônicas e por isso, não podem se harmonizar.

Contudo, essa incompatibilidade pode ser aparente e não absoluta, como muitos tendem a afirmar em situações de conflito. Ou seja, podem as partes ter uma visão limitada do cenário no qual estão inseridas, o que dificulta sua percepção e impede que pensem em soluções que poderiam compatibilizar os dois desejos.

64 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999 .p. 526

65 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Ob cit.

66 Tradução livre de DEUTSCH, Morton. The Resolution of Conflict: Construtive and Destrutive Process. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

67 YARN, Douglas H.. Dictionary of Conflict Resolution. São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1999.

68 In AZEVEDO, André Gomma (org.). 2013. Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD p. 39

Nesse sentido,

“o simples fato de se perceber o conflito de forma negativa desencadeia uma reação denominada de ‘retorno de luta ou fuga’ (ou apenas luta ou fuga) ou resposta de estresse agudo. O retorno de luta ou fuga consiste na teoria de que animais reagem a ameaças com uma descarga ao sistema nervoso simpático impulsionando-o a lutar ou fugir⁶⁹.”

Ou ainda, afirma Morton Deutsch⁷⁰: *“mesmo sob as circunstâncias mais favoráveis, fatores psicológicos podem concorrer para que o conflito tenha um desenvolvimento destrutivo.”*

Como se pode notar, o conflito é um tema complexo, contudo, existem possibilidades de analisar esse objeto do estudo e uma delas é considerando as muitas variáveis que mudam o curso deste. A seguir, as principais delas serão explicitadas.

2.2 O CONTORNO DAS VARIÁVEIS QUE AFETAM O CURSO DOS CONFLITOS⁷¹

As variáveis que afetam a dinâmica dos conflitos são propostas por Morton Deutsch, o autor elenca sete circunstâncias que afetam direta ou indiretamente o surgimento e a manutenção dos conflitos.

- a) A característica das partes em conflito: devem ser observadas características como os valores das partes envolvidas, o que as motiva, possibilidades e recursos físicos, intelectuais e sociais para lidar com situações de conflito; suas concepções sobre conflito e se os participantes do conflito são considerados semelhantes, desiguais, se estão no mesmo nível social, político, econômico.
- b) O relacionamento anterior com a outra parte: as atitudes, crenças e expectativas sobre o outro, incluindo a visão do outro sobre você e, particularmente, o grau de polarização que essa visão tem;
- c) A natureza do problema que deu origem ao conflito : seu escopo, rigidez, significância motivacional, formulação, periodicidade, etc.
- d) O ambiente social em que o conflito ocorre : o ambiente em que o conflito ocorre pode oferecer as facilidades ou restrições para tratá-lo, pode encorajar seus indivíduos a procurar formas de resolvê-lo ou pode

69 CANNON, Walter. Bodily changes in pain, hunger, fear, and rage. New York: Appleton, 1915. In AZEVEDO, André Gomma (org.) Ob cit. p. 42

70 Tradução livre de DEUTSCH, Morton. Ob cit. P. 11

71 Tradução livre de DEUTSCH, Morton. Ob. cit. , pp. 4-6

oferecer impedimentos, dentro dessa aspecto, está inserida natureza das normas sociais e institucionais de regular o conflito;

- e) O público interessado no conflito: terceiros que tem interesse na resolução do conflito e/ou na vitória de uma das partes, são também variáveis importantes. O relacionamento desses terceiros com as partes em conflito e um com os outros, suas características etc.
- f) As estratégias e táticas empregadas pela partes no conflito : o estudo dos processos de comunicação entre as partes e como eles se dão, podem variar o curso do conflito, por exemplo, o uso de chantagem, barganha, persuasão, sedução etc, pelas partes;
- g) As consequências do conflito para cada participante e para outras partes interessadas: os acontecimentos do conflito e suas consequências, raramente, não mudam as partes que direta ou indiretamente participaram do evento.

Diante de todas essas variáveis e seus desdobramentos, cada vez mais o conflito se coloca como um conjunto amplo e diversificado de situações, atores e interesses. A questão que se apresenta é: como pensar uma forma de garantir que todas essas variáveis sejam consideradas e compatibilizadas para se chegar a uma solução para o conflito?

2.3 CONFLITO COMO UM PROCESSO NATURAL E POTENCIALMENTE POSITIVO

Estudiosos como Simmel⁷² e Coser⁷³ já afirmavam que o conflito apresenta funções positivas, mas ainda hoje é difícil observar essas funções pela maneira que a sociedade lida com os conflitos.

Ao entender que o conflito pode ser considerado como um valor pessoal e social, ajudando na prevenção da estagnação, estimulando interesse e curiosidade, a função positiva fica mais acessível.

O que é central para esse estudo é o compreensão de que o conflito é o meio pela qual os “problemas” são exibidos externamente e dessa maneira, podem ser acessados por terceiros. Esse movimento de “apresentar o problema” pode ser crucial para encontrar soluções para ele.

72 SIMMEL, Georg. *Conflict and The web of groups affiliations*. :Free Press, 1955

73 COSER, Lewis,. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956.

Coser (1956, pp. 154-155)⁷⁴ estrutura os benefícios do conflito, adicionando-os aos grupos dos quais os indivíduos fazem parte:

“Em grupos frouxamente estruturados e sociedades abertas, o conflito, que visa à resolução de tensão entre antagonistas, **é provável que tenha funções de estabilização e integração para o relacionamento.** Ao permitir a expressão imediata e direta de reivindicações rivais, tais sistemas sociais são capazes de reajustar as suas estruturas, ao eliminar as fontes de insatisfação. **Os múltiplos conflitos que experimentam podem servir para eliminar as causas de dissociação e restabelecer a unidade.** Estes sistemas se beneficiam através da tolerância e institucionalização do conflito, que são um mecanismo de estabilização importante.

Além disso, o conflito dentro de um grupo, frequentemente, ajuda a revitalizar as normas existentes; ou contribui para o surgimento de novas normas. Neste sentido, conflitos sociais são um mecanismo para o ajuste de formas adequadas a novas condições. Uma sociedade flexível se beneficia de conflito, porque tal comportamento, ajudando a criar e modificar normas, garante sua continuidade sob condições diversas. Tal mecanismo de reajuste de normas está dificilmente disponível para sistemas rígidos: **suprimindo conflito, abafando o último sinal de aviso acaba-se maximizando o perigo de um colapso catastrófico.**

(...)”

Ou seja, observando-se as variáveis: “grupos frouxamente estruturados”, “sociedades abertas”, “sociedades flexíveis”, “sistemas rígidos” e seus integrantes é possível encontrar os mecanismos, que favorecem um olhar positivo e, conseqüentemente, a procura por uma solução. Também, dentro do último grupo, podem ser encontrados mecanismos que encaram o conflito como um “problema” a ser evitado, o que maximiza, segundo autor o perigo de um colapso.

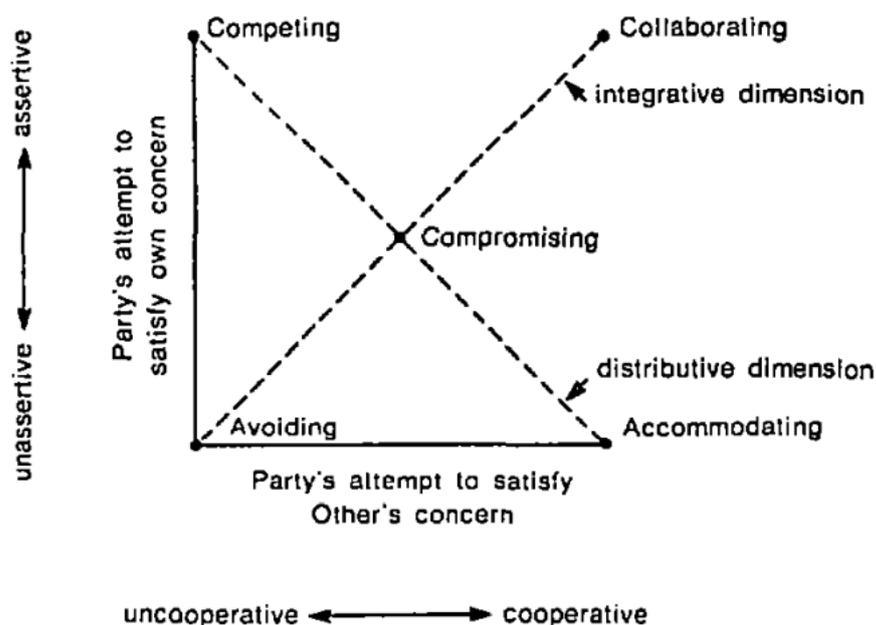
Desse modo, faz-se necessário, não só considerar as funções positivas do conflito, mas também entender o modo de lidar com o aparecimento dele, visto que é igualmente importante para não atingir uma situação catastrófica.

Em um estudo que considerava o estilo de manejo de diferenças, Kilmann e Thomas (1975), apresentam um gráfico que é útil para entender os tipos de reação frente a uma situação de conflito, como evitação, dos sistemas rígidos apresentados por Coser.

74 Tradução livre de In DEUTSCH, Morton. Ob cit. p. 9

Gráfico 5'

R. H. KILMANN & K. W. THOMAS



Foram considerados cinco modos de comportamento (pontos): (a) **competição (*competing*)**, identificada como comportamento forçado e argumentos ganha-perde; (b) **colaboração (*collaborating*)**, identificada como enfrentar desacordos e resolução de problemas para achar soluções; (c) **evitação (*avoiding*)**, identificada como afastamento e falha ao não se posicionar; (d) **acomodação (*accommodating*)**, identificada como tentar acalmar a outra pessoa e procurar harmonia e (e) **concessão (*compromising*)**, identificada como proposta de posições meio-termo.

Além disso, foram consideradas duas dimensões: **cooperação (*cooperation*)**, tentativa de satisfazer os interesses da outra parte e **assertividade (*assertiveness*)**, tentativa de satisfazer os interesses pessoais.

Dessa maneira, o posicionamento a ser adotado pela parte em conflito, aponta para algum ponto do gráfico, que pode variar nos eixos de assertividade e cooperação.

Assim, pode-se observar na tabela acima que: **competição** é assertiva e nada colaborativa; **colaboração** é assertiva e cooperativa; **evitação** é nada assertiva e nada cooperativa; **acomodação** é nada assertiva e cooperativa e, **concessão** é intermediária entre cooperação e assertividade.

Ou seja, quanto mais equidistante dos eixos, mais assertividade e cooperação tem-se no comportamento e, conseqüentemente, a parte estará buscando satisfazer tanto seus interesses como o da outra parte, na mesma proporção.

Essa é uma das maneiras de se acessar os benefícios do conflito indicados por Coser, ao pensar em ganhos mútuos, fica facilitada a manutenção do relacionamento e até o fortalecimento deste.

Por outro lado, quando o comportamento é competitivo, o indivíduo tem pontos de vistas muito determinados, alguém deve perder para que ele vença. Esse comportamento se afasta completamente da cooperação, não trazendo benefícios para a outra parte.

Assim, considerando os diferentes desfechos que poderiam ocorrer dentro de uma relação conflituosa, Morton Deutsch realizou uma diferenciação entre conflitos destrutivos e construtivos, que será analisada a seguir.

2.3.1 CONFLITOS COMO DESTRUTIVOS OU CONSTRUTIVOS

Morton Deutsch deseja mostrar que não existem conflitos destrutivos ou construtivos, o que pode ser caracterizado dessa forma são suas conseqüências, ou seja, dependerá de como os conflitos serão conduzidos/tratados, quais serão os comportamento decorrentes deles etc.

Nesse sentido, o autor indica que “(...) *um conflito, claramente, tem conseqüências destrutivas se seus participantes não estão satisfeitos com seus resultados e sentem que eles perderam como resultado do conflito.*”⁷⁵

Em decorrência dessa insatisfação, pode haver enfraquecimento ou rompimento da relação social pré-existente à disputa, acentuação da animosidade entre as partes e uma tendência à expansão e acentuação do conflito, com sua conseqüente escalada.

Escalada ou espirais do conflito são termos utilizados para designar um processo de ação e reação, no qual “*cada reação torna-se mais severa do que a ação que a precedeu e cria uma nova questão ou ponto de disputa*”⁷⁶.

Dessa maneira, como afirma Morton Deutsch, o conflito acaba se tornando independente de suas causas iniciais, ou em outras palavras, as causas originárias se tornam secundárias e as partes envolvidas mais preocupadas em responder a

75 Tradução livre de DEUTSCH, Morton Ob. cit. p. 17

76 AZEVEDO, André Gomma (org.). Ob cit. pp. 44-45.

ação que imediatamente antecedeu sua reação.⁷⁷

O que se tem como resultado desse processo é o “movimento do gráfico” para um estado de competição, no qual as partes polarizam a situação entre ganhar e perder uma disputa. Isso traz a percepção, muitas vezes equivocada de que os interesses são absolutamente incompatíveis e, por isso, não podem coexistir.

Por outro lado, os conflitos podem apresentar sua função construtiva, trazendo benefícios para ambas as partes. Haveria, assim, um “*fortalecimento da relação social pré-existente à disputa e robustecimento do conhecimento mútuo e da empatia*”⁷⁸, como apontou Coser.

Para Deutsch, processos construtivos seriam caracterizados:

- i) pela capacidade de estimular as partes a desenvolver soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos;
- ii) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (e.g. magistrado ou mediador) a motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa;
- iii) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses⁷⁹;
- iv) pela disposição das partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões judicialmente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.⁸⁰

2.4 CONFLITO E DIREITO

2.4.1 DIFERENÇA ENTRE CONFLITO E LITÍGIO/LIDE

Para adentrar no campo do Direito, é importante que se faça a distinção entre os termos conflito e litígio/lide⁸¹.

Conflito, como já explicitado no tópico 2.1 refere-se ao estado “genérico” de incompatibilidade de duas ou mais ideias e/ou objetivos. Litígio, por outro lado, está intimamente relacionado ao aspecto judicial, pode-se dizer que é um conflito que tomou contornos jurídicos.

77 DEUTSCH, Morton. Ob. cit. pp. 44-45.

78 ALMEIDA, Tania. Apostila “Slides” do Curso de Básico de Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro. 2015. p. 14

79 DEUTSCH, Morton. The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes. New Haven: Yale University Press, 1973. p. 360. In AZEVEDO, André Gomma (org.). Ob cit. pp. 44-45.

80 AZEVEDO, André Gomma (org.) Ob cit. pp. 44-46

81 “O termos conflito e litígio muitas vezes são utilizados como sinônimos. Todavia, adotando o conceito de lide conforme o exposto por CARNELUTTI, considera-se coerente adotar o termo litígio como sinônimo, enquanto para conflito permaneceria sua concepção mais ampla, qualquer conflito de interesses, ainda que não tenham sido manifestadas a pretensão e a resistência.” CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.24

Ou seja, o conflito litigioso passa a existir quando há a proposição de uma demanda em juízo, quando ao Estado é requerida a tutela sobre aqueles direitos e sobre o Juiz recai o dever de resolver o conflito.

Assim, se delega a um terceiro, o Juiz, a apresentação de uma solução para aquele conflito que as partes não puderam, ou não quiseram resolver, usando suas próprias competências.

O Desembargador Joaquim Domingos de Almeida realiza uma comparação entre termos, utilizando o termo 'lide'⁸² para tanto:

“A noção de conflito é muito mais complexa do que o conceito de lide. O conflito existe onde quer que a idéia de incompatibilidade ocorra, sem a necessidade da oposição de objetivos⁸³. Competição ou disputa implica em oposição de meios ou de objetivos. Entre competidores o ganho para um acarreta na perda para o outro. No conflito pode haver identidade de objetivos, sendo prejudicada a percepção desta convergência pela atribuição de significados divergentes às pretensões manifestas das pessoas envolvidas ou pela dissonância com relação aos meios para alcançar esses objetivos.

Assim, também, o faz Carnelutti, na conceituação apresentada por Petrônio Calmon⁸⁴:

“CARNELUTTI prossegue observando que o simples conflito de interesses não tem relevância jurídica, pois é possível que aquele que possui interesse se conforme com a sua insatisfação. Mas, ao contrário, é possível que tome uma atitude qualquer para obter o bem da vida objeto do conflito, exercendo então, a *pretensão*. Exercida a pretensão, ainda é possível que nenhum obstáculo impeça a satisfação do interesse. Mas é possível, também, que aquele que poderia satisfazer o interesse lhe oponha obstáculos, ou seja, resistência. Estar-se-ia, então, diante de um outro fenômeno, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ,ou seja lide.”

2.4.2 O PROCESSO JUDICIAL E O CONFLITO

Como visto, ao ingressar com um processo no Sistema Judiciário, o autor transforma o conflito em lide, devendo essa seguir os procedimentos previstos pelos Códigos de Processo.

82 Pretensão resistida. In NETO, Joaquim Domingos Almeida. A prática da Mediação em contexto Judiciário: Busca de Meios Adequados de Resolução de Disputas. Versão de 11 de agosto de 2011. p. 4. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077863/a-pratica-da-mediacao-em-contexto-judiciario.pdf>

83 Morton Deutsch. The resolution of conflict - constructive and destructive processes. Yale University, 1973 . In NETO, Joaquim Domingos Almeida. Ob cit. p 4.

84 CARNELUTTI, Francesco. Sistema di diritto processuale civile, t. I, p. 44 In CALMON, Petrônio. Ob cit. p.23

Nesse sentido,

“o processualista mexicano Zamorra Y Castillo sustentava que o processo rende, com frequência, muito menos do que deveria – em “função dos defeitos procedimentais, resulta muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes quando possível o abandonem”⁸⁵. Cabe acrescentar a esses “defeitos procedimentais” o fato de que, em muitos casos, o processo judicial aborda o conflito como se fosse um fenômeno jurídico e, ao tratar exclusivamente daqueles interesses juridicamente tutelados, exclui aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados.

Ou seja, além dos obstáculos enfrentados no Capítulo 1 (tópico 1.5), a parte também se depara com a limitação do sistema de justiça para tratar o conflito apresentado como um todo.

Dentro dessa limitação podem ser feitas considerações em dois sentidos: quanto aos objetos tutelados e quanto à visão estática do processo.

No processo de judicialização do conflito, o autor e, posteriormente, a parte contrária, com a ajuda de um advogado ou defensor, deverão “filtrar” todos os acontecimento, informações, provas, terceiros participantes, ao elaborar a petição inicial (ou contestação), apresentando fatos, fundamentos jurídicos e pedidos⁸⁶ e sua impugnação, respectivamente⁸⁷.

Em outras palavras, a situação observada pelo Judiciário estará “criptografada em uma peça chamada de petição inicial, que coloca limites ao conflito humano, objetivos (*tempo e extensão*) e subjetivos (*tradução do conflito através de um terceiro*)”⁸⁸.

Dessa maneira, somente a parte juridicamente tutelada do conflito e não todo ele será apreciada pelo Juiz, o conhecimento do magistrado sobre a causa está delimitado pelo o que a legislação em vigor determina e pelos requerimentos de ambas as partes.

Diante desse enquadramento jurídico, uma parte significativa do conflito, que não recebe tratamento jurídico, não será observada pelo Juiz, apesar de, direta ou indiretamente, influenciar em suas causas e consequências.

85 ZAMORRA Y CASTILLO. Processo, autocomposição e autodefesa. Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991. p. 238. In AZEVEDO, André Gomma (org.). Ob cit. p. 45

86 Art. 282 da Lei 5.896

87 Art. 300 da Lei 5.896

88 NETO, Joaquim Domingos Almeida. Ob cit. p. 7.

Mais do que isso,

Como a demanda no processo adversarial se prende no tempo a um pedido formulado no passado e uma resistência oposta também no pretérito, na medida em que a relação interpessoal evoluir (positiva ou negativamente) a solução a ser apresentada também se distanciará da real necessidade das partes e refletirá situação passada.⁸⁹

Como exemplos dessa imobilidade, pode(m) ser citado(s):

(a) os artigos 264 c/c 294 do CPC, que impedem a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do feito e, somente, com o consentimento do réu, após a citação.

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo Único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.

(b) o *caput*, do artigo 219 do CPC, que concretiza o conflito como litígio, atraindo para aquele Juízo os demais casos que estiverem relacionados a ele:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

(c) o artigo 300 do CPC e o artigo 30 da Lei 9.099/90, que preveem que o réu deve indicar toda a matéria de defesa, ou seja, todas suas formas de se defender das imputações do autor, sejam elas contraditórias ou não entre si.

Art. 300, CPC. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 30, Lei 9.099/90. A contestação, que será oral ou escrita, conterá toda a matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do juiz, que se processará na forma da legislação em vigor

Pode-se considerar que diante dessa situação, o Réu deve “*manejar todas as armas que possui, uma vez que o princípio da ampla defesa veda a surpresa no*

89 NETO, Joaquim Domingos Almeida. Ob cit. p. 6.

*processo adversarial*⁹⁰.

Assim, a consequência lógica dentro do processo é “o *acirramento de posições, pedidos excessivos, atribuição de culpa, descolamento de reais interesses*”⁹¹ das partes.

A proposta do presente trabalho não é criticar os institutos fundamentais para garantia da segurança jurídica no ordenamento brasileiro. A ampla defesa e o contraditório⁹² devem ser mantidos em todos os níveis de resolução de conflitos, inclusive, nos extrajudiciais.

Mais do que isso, o devido processo legal⁹³ e os princípios da economia e celeridade processual cumprem um papel fundamental norteando o Sistema Judicial Brasileiro, para que seja possível atender os interesses dos jurisdicionados.

O que se pretende com essa explanação é, antes de tudo, indicar que conflitos não são estáticos, ainda mais, aqueles que ocorrem dentro de contextos onde as partes estão em constante convívio. Assim, deve-se procurar uma ferramenta adequada para lidar com esses tipos de conflito.

Isso porque,

“é evidente que o conflito pode ser limitado e controlado por formas institucionais (por exemplo, negociação coletiva, o sistema judicial), papéis sociais (mediadores, conciliadores, árbitros, juízes, polícias), normas sociais (equidade, justiça, igualdade, não-violência, a integridade de comunicação, etc), as regras para a realização de negociações (quando iniciar e encerrar as negociações, como definir uma agenda, como apresentar demandas, etc), e os procedimentos específicos (insinuando contra comunicação explícita, público contra sessões privadas, etc). Estas formas societárias pode ser destinada a regular como a força pode ser empregue, como no código de um duelo de honra ou em certas regras da guerra; ou pode ser uma tentativa de determinar as relações de poder básicas dos disputantes sem recurso a uma luta de poder, como é frequentemente o caso nas negociações da negociação coletiva e relações internacionais; ou pode ser orientado para remover a energia como base para determinar o resultado de conflito, como é frequentemente o caso no processo judicial.⁹⁴”

E, diante disso, dessa multiplicidade de maneiras possíveis, é importante que sejam pensados mecanismos que se enquadrem a cada situação conflituosa, desde

90 NETO, Joaquim Domingos Almeida. Ob cit. p. 3

91 NETO, Joaquim Domingos Almeida. Ob cit.. p. 3

92 Artigo 5º, LV, CF/88: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

93 Art. 5º, LIV, CF/88: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

94 DEUTSCH, Morton. Ob cit. p. 377

a questão financeira, passando pela legal e social, até o tratamento adequado do conflito.

Essa necessidade está intimamente ligada ao acesso à ordem jurídica justa. Se transpostos os obstáculos do Capítulo 1, porém a resolução do caso não atender às necessidades dos indivíduos envolvidos, tornando o conflito destrutivo, eles acessaram a justiça?

Tendo sido demonstrada a importância do tratamento adequado dos conflitos e sua inserção em uma política de acesso à justiça, prosseguir-se-á com um recorte nas relações continuadas, conceito que será abordado no próximo capítulo.

As relações entre os membros de uma família, por exemplo, trazem muitos desafios para os operadores do Direito e apresentam estruturas complexas, que se prologam no tempo.

Os princípios do Direito de Família procuram garantir que os membros da família busquem o bem-estar uns dos outros, mas, muitas vezes, não é isso que ocorre.

Como os conflitos familiares são tratados no Sistema Judiciário? Os membros dessa família em conflito conseguem acessar a justiça? O que ocorre depois que o Estado oferece sua “resposta” ao conflito? Ele cessa?

3 RELAÇÕES CONTINUADAS: FAMÍLIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 RELAÇÕES CONTINUADAS

Relações continuadas são aquelas que se prolongam no tempo, seus participantes estão ligados por algum tipo de laço, seja ele sanguíneo, afetivo, contratual ou até mesmo uma parede em comum (nos casos de vizinhança).

Uma relação continuada pode ser definida também como:

“(i) a relação tende a se prolongar no tempo; (ii) são afetadas mais pessoas do que as que poderão negociar; e/ou (iii) requerem muitas micro-negociações ao longo do tempo.”⁹⁵

Nessas relações familiares, comerciais, ambientais, de trabalho, internacionais é de extrema importância a comunicação eficiente entre seus participantes para solucionarem juntos os conflitos que advém do convívio.

Como visto no tópico 2.3, esse é uma parte natural das relações humanas e, mesmo que sejam dois países com um “problema”, é importante considerar que, apesar desses serem pessoas jurídicas, quem os conduz são várias pessoas físicas, seres humanos.

Com o intuito de entender, mais detalhadamente, a questão continuada, foi selecionada a temática de família, com seus aspectos jurídicos e afetivos.

Assim, pretende-se demonstrar como os obstáculos do acesso à justiça, inclusive, o não tratamento adequado dos conflitos familiares, interferem direta ou diretamente nas relações continuadas dos membros dessa unidade social.

3.2 CONCEITO DE FAMÍLIA

A Família contemporânea afastou-se da percepção tradicional da entidade vinculada ao casamento e se aproxima e se insere, atualmente, na conexão entre seus participantes através do afeto.

Assim, família apresenta como possíveis definições jurídicas:

“o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado momento histórico, observada a formação política do estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, a que se encontra inserida.”⁹⁶

95 Cartilha de Mediação da OAB/RJ p. 7

96 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 22. Ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v.5, p. 9-12; MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil, cit. P. 3-6 In MALUF, Carlos Alberto Dabus, MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 27

E também, considerada em sua formação:

“uma instituição, pois nela coexistem a ideia da obra, que se constrói no meio social e constitui a causa principal do organismo familiar; do poder dirigente que o organiza, visando à consecução da ideia principal e da manifestação da comunhão em si do grupo social, da coesão de seus membros, em torno da obra a ser realizada.”⁹⁷

E ainda afirma, Maria Berenice Dias⁹⁸:

“A família é o primeiro agente socializador do ser humano⁹⁹. De muito já deixou de se uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade.”¹⁰⁰

Resta claro, que a família abriga muitos sentidos, e também, por isso, é uma “célula” tão complexa quanto à própria sociedade em que está inserida.

Dessa maneira, o olhar para a família deve abarcar essa complexidade igualmente, ou seja, não só pensá-la de maneira jurídica quando está no Judiciário, não só pensá-la de maneira psicológica quando está em uma sessão de terapia, não só pensá-la de maneira biológica, porque o laço de afetividade é um aspecto fundamental.

E de que maneira, esse olhar para célula social pode alcançar esse sistematicidade? A interdisciplinaridade ganha grande destaque nesse desafio, porquanto procura contemplar os vários campos de conhecimento que são necessários para tratar das questões familiares de maneira completa e eficiente.

Assim, pode-se realizar um paralelo com o tratamento adequado do conflito. Em um objeto de estudo multidisciplinar como são família e conflito, deve-se cuidar do todo e quando o conflito é familiar, a complexidade ganha um volume muito maior.

Isso porque, em uma relação pontual em que ocorreu um conflito, os indivíduos podem se afastar, voltar para suas casas, a única situação ou bem que liga essas duas pessoas é o objeto do conflito.

97 HAURIUO, Maurice. L'institutions dans l'oeuvre de M. Hariou. Revista de Direito Público, p. 77 e s., 1991, apud FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vaireilles (Direction) Couples hors marag et contrait. In: La contractualization de la famille: études juridiques, Paris: Economica, 2001, p. 100. In MALUF, Carlos Alberto Dabus, MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Ob cit. p. 46

98 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ed. Rev. , atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 29

99 Citado pela Autora, PEREIRA, Tania da Silva, Da Adoção, 151 . DIAS, Maria Berenice Ob cit. p. 29
100 Citado pela Autora NETO, Pedro Thomé de Arruda, A “despenalização” do direito de família, p. 263. DIAS, Maria Berenice. Ob cit.. p. 29

Contudo, em uma relação familiar a ligação entre os indivíduos se faz de múltiplas maneiras, como se pode observar:

Apresenta, ainda, a família, diversos caracteres: o **caráter biológico**, exteriorizando-se como o agrupamento natural do ser humano, criando diversos direitos e deveres entre seus membros; o **caráter psicológico**, que se traduz pelos elementos imaterial, metafísico, espiritual, que liga os seus componentes; o **caráter econômico**, através do qual o homem, amparado em seu núcleo, mune-se dos elementos necessários para sua sobrevivência; o **caráter religioso**, “uma vez que a família é, como, instituição, um ser eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter pela laicização do direito”; o **caráter político**, pois, por ser a célula mater da sociedade, dela nasce o Estado, como preconizou Ihering; e o **caráter jurídico**, por ter a família uma estrutura interna que é regulada por normas jurídicas, como constituem as do direito de família.¹⁰¹

Ou seja, mesmo que em um momento de conflito, dois indivíduos participantes de uma relação familiar se afastem fisicamente um do outro, usando uma das possibilidades de lidar com o conflito, que é a evitação, existem muitos outros laços que os mantêm unidos.

Dessa maneira, a falta de comunicação nesse contexto poderia ter efeitos catastróficos, como propõe Coser (tópico 2.3), visto que todos os outros laços poderiam ser comprometidos por um único conflito.

Isso porque, diante do convívio constante, que é comum entre membros de um núcleo familiar, poderiam surgir mais desentendimentos ocasionados pela falta de comunicação eficiente, que culminariam com a escalada do conflito e o enfraquecimento dos laços entre esses indivíduos.

Além dessa situação de evitação, também podem ser vistos conflitos que pretendem manter o vínculo que antes existia, como nos casos de separação entre um casal, em que o processo de divórcio perdura por muito tempo com consequências psicológicas para os dois lados.¹⁰²

Diante desses diferentes cenários, se apresenta a difícil tarefa de garantir o acesso à justiça, à ordem jurídica justa, aos participantes das relações continuadas de família.

Desse modo, a partir dos princípios constitucionais de direito de família pensados contemporaneamente, serão observadas as principais questões que

101 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família, cit., p. 12-14 In MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, MALUF, Carlos Alberto Dabus. Ob cit. p. 28

102 Sobre o litígio como forma de vínculo vide VAINER, Ricardo. Anatomia de um divórcio interminável: o litígio como forma de vínculo. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999.

devem ser trabalhadas para transpor os obstáculos.

3.3 NOVOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA¹⁰³

Trabalhar com os novos princípios constitucionais do direito de família é fundamental para o presente estudo, visto que eles trazem a visão mais atual da leitura não só do Código Civil, mas também do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.

Dessa maneira, foram selecionados os princípios que oferecem um campo de discussão sobre o acesso à justiça e a resolução adequada do conflito, analisados a partir de três casos do STJ em que a temática é abordada. São eles:

- (a) Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana;
- (b) Princípio da solidariedade familiar;
- (c) Princípio do melhor interesse da criança;
- (d) Princípio da igualdade na chefia familiar;
- (e) Princípio da não-intervenção ou da liberdade;
- (f) Princípio da Afetividade.

3.3.1 PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Princípio nuclear do ordenamento jurídico brasileiro, está previsto no inciso, III art. 1º da CF/88. Lançando um olhar para o indivíduo como um todo complexo, visa proteger os diversos direitos relacionados a ele e o que o torna esse ser. Assim, traz um novo olhar na contemporaneidade para o Direito de Família com a personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado¹⁰⁴.

O Direito de Família pensa o conjunto de indivíduos unidos por laços diversos, contudo, o caráter patrimonial/financeiro no Código Civil é ainda muito evidente, apesar das importantes mudanças ocorridas desde o Código Civil de 1916.

Dessa maneira, o princípio da dignidade humana, dentro do Direito de Família, oferece cada vez mais a perspectiva sistêmica que se procura ao tratar dos conflitos nas relações continuadas de família.

103 TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família Brasileiro. Disponível em: https://www.google.com.br/urlsa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fartigos%2FTartuce_princfam.doc&ei=hygHVe66HYixggTa-YP4Dg&usq=AFQjCNHUJGII6NB0st3waScxEuZitkyAIQ&sig2=BnB-nZozlhFbsXOvj1sqlg&bvm=bv.88198703,d.eXY. Acesso em 27.05.2013

104 Citado pelo Autor FACHIN, Luiz Edson, Estatuto jurídico do patromônio mínimo, Rio de Janeiro, 2001. In TARTUCE, Flávio. Ob cit. p. 3

3.3.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade familiar (art. 3º, inciso I da CF/88) implica a reciprocidade e a fraternidade entre seus membros, inclusive abarcando o dever dos pais em oferecer assistência aos filhos (art. 229, CF) e dos familiares em oferecer amparo às pessoas idosas (art. 230, CF). Para que ela seja concretizada, é importante que as necessidades dos filhos e dos idosos, por exemplo, sejam conhecidas e respeitadas pelos outros participantes da relação.

É importante destacar que

“ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (art. 227, CF/88) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”.¹⁰⁵

Contudo, o Estado, ainda assim, tem o dever de assegurar, a cada um dos integrantes da família, assistência, coibindo a violência em suas relações (art. 226, § 8º, CF/88).

Pode-se salientar, também, que para os integrantes da família, a assistência e amparo têm um caráter financeiro e afetivo fundamental que, muitas vezes, procura-se repartir entre os participantes.

3.3.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 227, caput da CF/88 e artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil/02, coloca suas necessidades em foco. Por meio desse princípio, as escolhas feitas no judiciário ou fora dele, levam em consideração o que o interesse da criança está à frente, por exemplo, dos interesses individuais de seus próprios genitores, que devem pensar conjuntamente, ou na falta de um deles, sozinho, os bens, serviços, etc que oferecem, de maneira digna e na medida de suas possibilidades, o que aquela criança precisa.

Em outras palavras,

“O Estatuto [da Criança e do Adolescente] rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.”¹⁰⁶

105 DIAS, Maria Berenice, Ob cit. p.66

106 Citado pela Autora TEIXIRA, Ana Carolina B., e SÁ, Maria de Fatima E de, Fundamentos

3.3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR

À figura paterna eram conferidos muitos direitos dentro do sistema familiar, inclusive sobre os outros indivíduos, filhos, avós, mãe. A Constituição Federal de 1988 trouxe o princípio da igualdade para dentro no núcleo familiar, nos artigos 226, § 5º e 227, § 7º da CF/88¹⁰⁷, promovendo a colaboração e o companheirismo, ao invés da hierarquia entre seus membros.

Não só a mãe e o pai dividem a chefia familiar, mas também é interessante que sejam incluídas as vozes dos filhos, e demais participantes, tornando a família um local democrático para convivência.

Posteriormente, o Código Civil de 2002, incorporando essa visão democrática trouxe em vários artigos a sua concretização:

Art. 1.566. **São deveres de ambos os cônjuges:**

(...)

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1.567. **A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.**

(...)

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, **competem o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.**

Art. 1.634. **Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:**

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

princiologicos..., 26. In DIAS, Maria Berenice. Ob cit. p. 68
107 Além de estar presente nos artigos 1.566, incisos III, IV e 1.631 e 1.634 do Código Civil de 2002.

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (grifei)

3.3.5 PRINCÍPIO DA NÃO-INTERVENÇÃO OU DA LIBERDADE

O princípio da não-intervenção ou da liberdade (artigo 1.513 do CC/02) está relacionado diretamente com o princípio da autonomia privada que, de acordo com Daniel Sarmiento,

“tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade”¹⁰⁸

Ou seja, à família é garantida a não-intervenção por qualquer pessoa de direito privado ou público (art. 1.513), porquanto os participantes dessa relação tem liberdade para fazer suas escolhas religiosas, afetivas, educacionais, financeiras etc.

Contudo, ainda cabe ao Estado zelar pela paternidade responsável, propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício do planejamento familiar, podendo o juiz, inclusive, intervir tomando decisões pelo casal parental, quando eles não puderem fazê-lo ou não chegarem a um acordo sobre a decisão que precisa ser tomada.

3.3.6 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade oferece um olhar mais completo e, porque não, mais digno para as relações humanas, que constroem os núcleos familiares.

A autora Maria Berenice Dias traz as percepções de Paulo Lôbo sobre o assunto, considerando quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

- (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6.º);
- (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5.º e 6.º);
- (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4.º);

108 Citado pelo Autor SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 188 In TARTUCE, Flávio. Ob cit. p. 10 Nota de rodapé nº 23

(d) o direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227).¹⁰⁹

A parentalidade socioafetiva, citada pelos autores é um grande exemplo da importância que esse princípio possui, podendo ser encontrado também, na escolha de permanecer ou não com um cônjuge ou companheiro, sem precisar demonstrar culpa para iniciar o processo de divórcio, por exemplo.

3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS PELO STJ

A jurisprudência aqui apresentada tem o condão de visualizar a aplicação dos princípios constitucionais do direito de família.

A seleção dos casos foi realizada a partir de uma metodologia qualitativa, na qual se procurou observar a aplicação dos princípios apresentados no tópico anterior, juntamente com temáticas que possibilitassem um campo de discussão sobre acesso à justiça e tratamento adequado dos conflitos entre os membros de núcleos familiares.

A utilização dos acórdãos de recursos especiais colabora com a visualização dos princípios constitucionais de Direito de Família, mas deve ser destacado que esses casos correspondem a uma parcela reduzida da população que ingressa com processos judiciais no Brasil. Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça possui pressupostos objetivos e subjetivos que devem ser observados para a interposição desses recursos.

3.4.1 CASO 1 - CONCUBINATO, PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA CONCUBINA¹¹⁰

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. **PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS**. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. **INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS**.

¹⁰⁹ Citado pela Autora Paulo Lobo, Código civil - Famílias, 47. In DIAS, Maria Berenice. Ob cit. p. 71

¹¹⁰ Inteiro Teor no Anexo 2

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. **Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.** 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova incontestada da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.¹¹¹

A existência de um concubinato mantido por quatro décadas, no qual existia dependência econômica, gerou o conflito jurídico entre a preservação da família, do recorrente, e da dignidade da pessoa humana da recorrida, já idosa.

“A resposta às indagações feitas surge claramente dos autos. Ficou evidenciada, com o decurso do tempo, a inexistência de risco à desestruturação da família do recorrente, bem como a possibilidade de exposição de pessoa já idosa a desamparo financeiro, tendo em vista que foi o próprio recorrente quem proveu o sustento, o que vale dizer, foi ele quem deu ensejo a essa situação e não pode, agora, beneficiar-se dos próprios atos. É evidente que, no caso específico, há uma convergência de princípios, de modo que é preciso conciliá-los para aplicar aqueles adequados a embasar a decisão, a saber, os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, pelas razões já exaustivamente expostas.” (Voto do Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Inteiro Teor no anexo. p. 97)

Diante do caso concreto, os Ministros, por unanimidade, entenderam por conferir responsabilidade ao recorrente, visto que a recorrida não possuía condições de se sustentar e se dedicou-se a ele todos os anos que a relação durou.

¹¹¹ REsp 1185337 / RS - RECURSO ESPECIAL 2010/0048151-3 - Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) - T3 - TERCEIRA TURMA – 17/03/2015 - DJe 31/03/2015

Nas palavras do Relator João Otávio de Noronha, “*Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial*”.

A relação de concubinato gerou o dever de sustento, mas não é só resumida a isso. Por mais de quarenta anos, recorrente e recorrida conviveram e mantiveram um relacionamento amoroso, financeiro, de companheirismo, que, provavelmente, culminou com um conflito de interesses sobre o dever de sustento.

Além disso, não fica claro até onde a família do recorrente tem conhecimentos dos fatos, mas a julgar pelo senso comum, quando um dos cônjuges tem outro companheiro, a sua família não tem conhecimento disso, e a descoberta desse fato traz muitos conflitos.

Apesar da afirmação do Ministro de que com o decurso do tempo a família do recorrente não sofreria perigo de desestruturação, é interessante pensar que essa é uma colocação que os membros dessa família deveriam esclarecer, contudo não existe espaço no processo judicial para fazê-lo.

3.4.2 CASO 2 – MELHOR INTERESSE DO MENOR E A RELAÇÃO ENTRE OS PAIS¹¹²

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. **NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.**

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. **Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.** 4. **A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais.** E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe

¹¹² Inteiro Teor no anexo 3

para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6 A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido.¹¹³

A Relatora Ministra Nancy Andrighi afirma que

“Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso”

Ou seja, diante de situações de provável conflito, como são a separação e o divórcio, ficam mais evidentes as diferenças entre o ex-casal, mas isso não pode e não deve afetar as necessidades da criança. O princípio do melhor interesse do menor se faz, aqui, evidente.

Contudo, pode-se observar que o desentendimento entre o casal atingiu um patamar em que eles não puderam colocar os interesses e necessidades da criança à frente de suas posições antagônicas, e acionaram o judiciário para que um terceiro pudesse oferecer uma solução.

Em seu voto, a Ministra Relatora cita um julgado da mesma turma semelhante, em que foi analisada a questão da litigiosidade entre os pais e o princípio do melhor interesse do menor:

“Não se pode perder de foco o melhor interesse do menor – princípio que norteia as relações envolvendo os filhos –, nem tampouco a sua aplicação à tese de que a guarda compartilhada deve ser a regra. Sob esse prisma, é questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada, porquanto se ignora toda a estruturação teórica, prática e legal que apontam para a adoção da guarda compartilhada como regra. A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses. Na verdade, exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do

¹¹³ REsp 1428596 / RS RECURSO ESPECIAL 2013/0376172-9 - Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) - T3 - TERCEIRA TURMA - 03/06/2014 - DJe 25/06/2014

menor. **Para a litigiosidade entre os pais, é preciso se buscar soluções. Novas soluções – porque novo o problema –, desde que não inviabilizem o instituto da guarda compartilhada, nem deem a um dos genitores – normalmente à mãe, in casu, ao pai – poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor.** Waldir Gisard Filho sustenta tese similar, ao afirmar que: **Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele 'nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.** (Gisard Filho, Waldir. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pag. 205). (REsp 1.251.000/MG, de minha Relatoria, DJe 31/08/2011 – Voto da Ministra Relatora, Inteiro Teor, no anexo p. 100)” (grifei)

Significativo notar, nesse julgado, a proposta pela procura de soluções, novas soluções, que não inviabilizem o instituto da guarda compartilhada. Isso porque, como forma de atingir o melhor interesse do menor, juridicamente, foi pensado o instituto da guarda compartilhada, mas muitos foram os conflitos entre casais parentais advindos dessa nova forma de convívio.

Dessa maneira, as novas soluções indicadas devem perseverar na melhora do diálogo entre esses pais com o intuito de que não só se adaptem à guarda compartilhada, mas também priorizem o princípio do melhor interesse dos seus filhos.

3.4.3 CASO 3 – IMPORTÂNCIA DA ASSISTÊNCIA E FRATERNIDADE FAMILIARES – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE¹¹⁴

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.** 4. Apesar das inúmeras hipóteses que

¹¹⁴ Inteiro Teor no anexo 4

minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.¹¹⁵

Apesar de ser um tema bastante controverso, o dano moral por abandono afetivo é aplicado por alguns julgadores. No caso em tela, apesar de não ser citado, o princípio da solidariedade familiar pode ser inferido do dever do pai de cuidado, assistência moral e financeira.

De acordo com a recorrida/autora, ela foi privada do convívio com o pai, além de não receber qualquer assistência material durante sua infância e juventude. A paternidade do genitor somente foi reconhecida por meio de processo judicial e há, ainda, a alegação de fraude por parte do recorrente para dificultar o recebimento de herança pela recorrida.

Por outro lado, o genitor/recorrente alega que as atitudes “agressivas” da mãe da recorrida prejudicaram o contato entre ele e a filha.

A Relatora traz para seu voto uma percepção mais ampla juridicamente sobre as questões afetivas e psicológicas que traduzem também, o princípio da afetividade e, dentre outros argumentos, justificam a seu voto:

“Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à*

¹¹⁵ REsp 1159242 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0193701-9 - Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) - T3 - TERCEIRA TURMA - 24/04/2012 - DJe 10/05/2012 RDDP vol. 112 p. 137 RSTJ vol. 226 p. 435

prioridade constitucional para a convivência familiar. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original) ¹¹⁶

É fundamental que cada vez mais os julgadores tomem contato com outras matérias, visto que os casos que chegam aos tribunais são multitemáticos. Contudo, deve-se observar que quanto maiores as instâncias do Poder Judiciário, maior o distanciamento entre aqueles que julgam o processo e as partes e que em casos com temáticas sensíveis como a de família, a proximidade é muito importante para se entender o conflito, inclusive tempestivamente.

A complexidade das relações apresentadas demonstram as dificuldades de julgar litígios de famílias. Apesar do princípio da não-intervenção ou liberdade não se aplicar aos juízes, é de se observar que são muitas e variadas as questões delegadas a essas figuras.

Como parte de seu ofício eles devem intervir no âmbito familiar em conflito para apresentar uma solução. Para isso, utilizam em muitos julgados princípios constitucionais.

A Constituição Federal, como visto, cumpriu o seu papel de positivação e orientação para um sociedade mais digna e justa, informando princípios importantes para as relações familiares.

Contudo, com os obstáculos apresentados no Capítulo 1, pode-se dizer que uma grande parte desse “problema” não é encaminhada ao Judiciário e a outra, que consegue demandar em Juízo, como nos casos do Superior Tribunal de Justiça, deve lidar com a formalidade, com a demora da prestação jurisdicional¹¹⁷ e com o cumprimento dos acórdãos e sentenças proferidos.

E com essa decisão jurídica, diz-se resolvido o conflito, mas o que existe é uma resposta imposta pelo Estado, que, muitas vezes, não leva em conta todas as outras faces de uma relação e, nesse caso, de um conflito familiar (Capítulo 2).

Assim, será que os acórdãos proferidos nos casos acima citados puseram fim ao conflito? A solução oferecida pelos Ministros, observados os princípios

116 Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309 In Resp 1159242, Inteiro Teor, p. 115

117 O Caso 1, por exemplo, demorou cinco anos para ser julgado. RECURSO ESPECIAL 2010/0048151-3 – 17/03/2015 - DJe 31/03/2015 e os outros mais de um ano.

constitucionais, trouxe o acesso à ordem jurídica justa para todos os participantes da situação? Como isso pode ser oferecido aos membros das famílias em conflito?

4 MEDIAÇÃO

O instituto da Mediação integra a terceira onda de acesso à justiça proposta por Cappelletti e Garth, analisada no tópico 1.3.3. A preocupação, nesse momento, era tornar efetivos os direitos garantidos pela primeira e segunda ondas, e para isso, era fundamental que fatores como a satisfação desses direitos, a relação dos participantes do processo e as diferenças de poder entre esses fossem considerados na busca de soluções adequadas.

4.1 HISTÓRICO DA MEDIAÇÃO

A Mediação, como o instituto contemporâneo, surge na década de 70, impulsionada pelos movimentos de acesso à justiça, com especial enfoque no jurisdicionado, e também na “*melhoria das relações sociais envolvidas na disputa*.”¹¹⁸

Fala-se em instituto contemporâneo, visto que a ideia e o formato utilizado pela Mediação¹¹⁹ não são novidades como nos apresenta Christopher Moore,

As culturas islâmicas também têm longa tradição de mediação. Em muitas sociedades pastoris tradicionais do Oriente Médio, os problemas eram freqüentemente resolvidos através de uma reunião comunitária dos idosos, em que os participantes discutiam, debatiam, deliberavam e mediavam para resolver questões tribais ou intertribais críticas ou conflituosas.

(...)

O hinduísmo e o budismo, e as regiões que eles influenciaram, têm uma longa história de mediação. As aldeias hindus da Índia têm empregado tradicionalmente o sistema de justiça *panchayat*, em que um grupo de cinco membros tanto media quanto arbitra as disputas, além de exercer funções administrativas ao lidar com questões relativas ao bem-estar e queixas dentro da comunidade.¹²⁰

Assim, é interessante que se diferencie o que aqui está sendo chamado de Mediação das várias formas de resolução de conflitos utilizadas em situações como a descrita acima, a fim de delimitar o objeto de estudo e pesquisa.

Diante disso, pode-se conceituar o instituto da Mediação como

“Um processo autocompositivo segundo o qual as partes em discussão são auxiliadas por uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição. Trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um ou

118 AZEVEDO, André Gomma (org.). 2013. Manual de Mediação Judicial Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD p. 21

119 Vide tópico 4.3

120 MOORE, Christopher W. The mediation process – practical strategies for resolving conflict. San Francisco: Jossey-Bass., 1996. pp. 32-33

mais terceiros na qual se desenvolve processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses.”¹²¹

Ou, também,

“A Mediação é um método autocompositivo de resolução de conflitos que, por meio do trabalho habilidoso de um terceiro imparcial, chamado de Mediador, facilita o diálogo entre as pessoas em conflito, estimulando-as a encontrarem soluções de benefício e satisfação mútuos, que sejam sustentáveis no tempo. (...)”¹²²

É fundamental que a Mediação não seja confundida com qualquer espécie de terapia, visto que seu objetivo é a “*ampliação da capacidade de diálogo*” entre os indivíduos envolvidos para solucionar o conflito, e não, tratar eventuais situações psicológicas ou emocionais.¹²³

Para além disso, também se faz imperioso destacar a Mediação das outras formas de resolução de conflitos, muitas vezes, chamadas de “alternativas”. O uso dessa expressão, principalmente, difundida em inglês, ADR – *Alternative Dispute Resolution*, atualmente é evitado¹²⁴, o que será abordado de maneira mais detalhada no tópico 4.5.1.

4.2 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS - DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, PRÁTICAS COLABORATIVAS, ARBITRAGEM, e TUTELA JURISDICIONAL

4.2.1 DIFERENÇA ENTRE HETEROCOMPOSIÇÃO E AUTOCOMPOSIÇÃO

A Mediação é um método autocompositivo de resolução de conflitos utilizado em muitos lugares do mundo pelas suas características e seu objetivo de restabelecer o diálogo entre as partes e, em consequência, disso promover a

121 Cf. YARN, Douglas E. Dictionary of Conflict Resolution. São Francisco: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999. p. 272; AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. v.3. p.313. Ob cit. p. 85

122 Cartilha da Câmara de Mediação da OAB/RJ. p.4. Disponível em http://www.oabrj.org.br/arquivos/files/-Comissao/cartilha_mediacao.pdf Acesso em 17.05.2015.

123 Ob. cit. p. 4.

124 A oposição tradicional entre meios judiciais de composição de litígios e meios alternativos não se mostra mais satisfatória. A própria noção de alternatividade gera a presunção de que um meio exclui o outro, ao passo que longe de serem excludentes eles são complementares. In NETO, Joaquim Domingos Almeida. A prática da Mediação em contexto Judiciário: Busca de Meios Adequados de Resolução de Disputas. Versão de 11 de agosto de 2011. p. 2. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077863/a-pratica-da-mediacao-em-contexto-judiciario.pdf> . Acesso em 19.05.2015

pacificação das relações sociais.

Para melhor compreender as diferenças entre os métodos autocompositivos (mediação, conciliação, justiça restaurativa¹²⁵) e os heterocompositivos (processo jurídico, arbitragem), a tabela 1 abaixo¹²⁶ discrimina algumas diferenças.

JUSTIÇA HETEROCOMPOSITIVA	JUSTIÇA AUTOCOMPOSITIVA
Conceitos restritivo de lide: conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (Carnelutti). Garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa	Conceito amplo de conflito: “é o elemento motor da dinâmica social” (Marx) a serviço da melhora da posição social no jogo das contradições socioeconômicas, culturais e simbólicas ¹⁴ . Conflito positivo e produtivo, ou negativo e destrutivo (Morton Deutsch)
Princípio da eventualidade (preclusão) – pedidos excessivos ¹⁵	Pedido refletindo real interesse das partes
Foco no pedido	Foco nos interesses e sentimentos
Prevalência do interesse público	Prevalência do interesse privado
Visão retrospectiva	Visão prospectiva
Estabilização	Movimento
Estabelecimento de culpa	Estabelecimento de responsabilidade
Resultado: composição da lide nos limites propostos	Resultados: justiça negociada, de consenso ou reparadora
Indiferença do Estado quanto às necessidades da comunidade afetadas	Inclusão da comunidade afetada
Indiferença do Estado quanto à mudança de cultura	Compromisso com a mudança cultural
Dissuasão	Persuasão
Ausência de autonomia	Autonomia da vontade
Linguagem hermética ritualística	Linguagem acessível
Publicidade	Confidencialidade

E, a seguir esses métodos serão analisados mais detalhadamente.

4.2.2 CONCILIAÇÃO

A Conciliação é institucionalizada no Brasil e faz parte do procedimento processual de muitas ações¹²⁷, como primeira audiência.

125 Vide **The Recent History of Restorative Justice: Mediation, Circles and Conference**, Paul MacCold in **Handbook of Restorative Justice**, Dennis Sullivan e Larry Tiff, Routledge, USA, 2008

126 (14) MICHIT, Robert e COMON, Thierry, *Conflict – Comprendre et Pouvoir Agir*. Chronique Sociale: Lyon, 2005, p. 24.

(15) O pedido que não constar na petição inicial não poderá ser tratado no processo.

In NETO, Joaquim Domingos Almeida. *A prática da Mediação em contexto Judiciário: Busca de Meios Adequados de Resolução de Disputas*. Versão de 11 de agosto de 2011. p. 4. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077863/a-pratica-da-mediacao-em-contexto-judiciario.pdf>

127 Como, por exemplo, aqueles que seguem o procedimento dos Juizados Especiais da lei

Esse instituto é considerado por muitos processualistas¹²⁸, assim como a Mediação, um método autocompositivo de resolução de disputas. Esse método pode se dar inteiramente como um processo autocompositivo (quando o instituto é utilizado fora dos limites do processo) ou como uma fase de um método heterocompositivo (quando tem lugar durante um processo judicial, por exemplo). Nesse último caso, em regra, existe limitação de tempo, que varia nos locais do Sistema Judiciário onde é utilizada.¹²⁹

Para diferenciar a Conciliação da Mediação, alguns autores¹³⁰ observam a possibilidade do Conciliador realizar uma apreciação sobre o mérito e recomendar algum tipo de “solução” dentro dos limites da lei, enquanto na Mediação, essa manifestação por parte do Mediador não seria cabível.

Em geral, os Mediadores não participam da tomada de decisão, avaliando mérito ou recomendando soluções. Contudo, existem modalidades de Mediação, como a Mediação Avaliativa, em que o Mediador pode se manifestar, se esse for o desejo dos Mediandos.

Outra diferença apontada são os objetivos de cada uma desses métodos. Na Conciliação, existe um interesse de que as partes cheguem a um acordo e esse será baseado em argumentos jurídicos.

Na Mediação, o interesse maior é o

“fortalecimento da capacidade negocial dos participantes, para que possam exercitar, em conjunto, seu poder decisório, por meio de um processo de comunicação e negociação assistidas, conduzido pelo Mediador”.¹³¹

Daí pode-se entender melhor a diferenciação feita pelo Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, entre Conciliação e Mediação:

9.099/95.

128 E.g. ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, Autocomposición e Autodefensa*. Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Forense, 1993; ou GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, AZEVEDO, André Gomma (org.) *Ob cit.* p. 86

129 AZEVEDO, André Gomma (org.) *Ob cit.* p. 86

130 Cf. SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.37; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações*. São Paulo: Ed. Método, 2007. p.35; BRAGA NETO, Adolfo e SAMPAIO, Lia C. *O que é mediação de conflitos? Coleção Primeiros Passos n. 325*. São Paulo. Ed. Brasiliense, 2007; CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro, Ed. Forense. 2007. p. 141. In AZEVEDO, André Gomma (org.) *Ob cit.* p. 86

131 Cartilha da Câmara de Mediação da OAB/RJ. p.4. Disponível em

http://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/-Comissao/cartilha_mediacao.pdf Acesso em 14.05.2015

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

(...)

§ 2º O conciliador, que **atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio**, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que **atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.** (grifei)

Como nos casos encaminhados para Conciliação a relação entre os participantes (ou partes) é pontual, o procedimento de resolução da questão poderá se valer de um método com uma pauta mais enxuta, em que o terceiro imparcial poderá auxiliar as partes.

Já os casos encaminhados para a Mediação serão, preferencialmente, aqueles em que existe uma relação prévia entre as partes – Relações Continuadas, como visto no Capítulo III.

Nesses casos, existem, frequentemente, questões mais densas que precisam ser trabalhadas, de maneira que o método a ser utilizado deve corresponder às necessidades dos participantes, ajudando na resolução das questões trazidas, sem contudo propor soluções.

Com a Constituição de 1988, sobrevieram muitas mudanças políticas e sociais, como visto no Capítulo I, uma das novidades trazidas foram os Juizados Especiais.

A Lei 9.099/95, parte do movimento de aprimoramento do acesso à justiça no Brasil, prevê, no seu artigo 2º, a expressão “*sempre que possível*”, referindo-se a utilização da conciliação na orientação dos processos, dando ênfase a maneira de resolver litígios.

Ou seja, a Lei 9.099/95, não só inaugura uma nova possibilidade de acessar o Judiciário, mas também traz de volta a importância dos acordos para chegar-se a uma solução mais rápida para as partes.

“Vale frisar que a mediação, como elemento característico dos juizados de pequenas causas nos Estados Unidos, fortemente influenciou o legislador

brasileiro a ponto de este incluir a conciliação em seu sistema dos juizados especiais. Todavia, a autocomposição prevista pelo legislador brasileiro na Lei nº 9.099/1995 se distinguiu significativamente daquela prevista no modelo norte-americano¹³² em razão de dar menor ênfase às técnicas e ao procedimento seguido¹³³, bem como ao treinamento (e.g. nos juizados de pequenas causas em Harlem, NY, os mediadores recebem curso de 30 horas/aula exclusivamente sobre técnicas de negociação e mediação) e, atualmente, ao maior componente transformador das mediações.¹³⁴

Da mesma forma, o Código de Processo Civil – Lei 5.869, modificado nos anos de 1994 e 1995 – prevê que dentre as competências do Juiz está tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes:

CAPÍTULO IV DO JUIZ

Seção I

Dos Poderes, dos Deveres e da responsabilidade do Juiz

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II - velar pela rápida solução do litígio;
- III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

132 Cabe registrar opinião de um dos colaboradores deste trabalho [Manual de Mediação Judicial CNJ], o Juiz Roberto Portugal Barcellar, segundo a qual se sustenta implicitamente que a lei de Juizados Especiais no Brasil prevê um sistema de mediação judicial (ou paraprocessual) e que cabe ao operador do direito implementar a mediação como processo autocompositivo no sistema dos Juizados Especiais (C.f. BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais – a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004) In AZEVEDO, André Gomma (org.) Ob cit . p.22

133 Sendo a mediação um processo caracterizado pela flexibilidade procedimental, há divergência na doutrina sobre seu procedimento. Exemplificativamente, John W. Cooley, aposentado juiz federal norte-americano e professor das faculdades de Direito da Universidade de Loyola e da Universidade de Northwestern, divide o processo de mediação em oito fases: i) iniciação, momento no qual as partes submetem a disputa a uma organização pública ou privada ou a um terceiro neutro em relação ao conflito, para que seja composta; ii) preparação, fase na qual os advogados se preparam para o processo, coletando um conjunto de informações, tais como os interesses de seus clientes, questões fáticas e pontos controversos; iii) sessão inicial ou apresentação, momento em que o mediador explica a natureza e o formato do processo de mediação aos advogados e às partes; iv) declaração do problema, quando as partes, por já estarem debatendo acerca da disputa abertamente, delimitam os pontos controversos que deverão ser objeto de acordo; v) esclarecimento do problema, fase em que o mediador isola as questões genuinamente básicas em disputa buscando melhor relacionar os interesses das partes com as questões apresentadas; vi) geração e avaliação de alternativas, momento em que o mediador estimula as partes e os advogados a desenvolver possíveis soluções para a controvérsia; vii) seleção de alternativas, estágio no qual as partes, diante das possibilidades desenvolvidas na fase anterior, decidem quanto à solução; viii) acordo, momento no qual o mediador esclarece os termos do acordo a que tiverem chegado as partes e auxilia na elaboração do termo de transação (COOLEY, John W. A advocacia na mediação. Brasília: Ed. UnB, 2000) In AZEVEDO, André Gomma (org.) Ob cit) p. 22

134 AZEVEDO, André Gomma (org.) Ob cit p. 22

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (grifei)

(Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

O instituto da Conciliação é de grande importância na busca pela resolução pacífica de Conflitos, também por isso, tem um histórico importante no ordenamento jurídico pátrio.

As mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil buscam cada vez mais valorizar o instituto, inclusive valorizando suas características próprias, ao diferenciá-lo da Mediação.

4.2.3 ADVOCACIA COLABORATIVA

A Advocacia Colaborativa foi pensada, nos Estados Unidos, por um reconhecido advogado de família, Stuart Webb¹³⁵. Ele percebeu que o êxito obtido nas causas de seus clientes não significava que o conflito entre os participantes daquele sistema familiar estava resolvido nem pacificado, o que ocorria, muitas vezes, era o acirramento ou surgimento de outros conflitos.

Diante desse cenário, Webb reformulou seu modo de atuação e decidiu trabalhar, ainda como advogado, mas exclusivamente fora dos tribunais, o que lhe permitiria focar na construção de acordos entre o seu cliente e a outra parte.

Posteriormente, foram pensadas novas maneiras de beneficiar os participantes de um processo colaborativo, como a ideia da psicóloga Peggy Thompson, que passou a conjugar profissionais de diferentes áreas do conhecimento na equipe de atendimento à parte.¹³⁶

O trabalho realizado ganhou o benefício de uma visão multidisciplinar, o que gerou na prática, muitos resultados positivos e,

“assim, advogados, profissionais de saúde e consultores financeiros passaram a trabalhar em parceria e complementaridade na gestão dos conflitos familiares, dando início, ainda na década de 1990, às chamadas Collaborative Practices (Práticas Colaborativas).¹³⁷”

Atualmente, para ser considerado um profissional colaborativo, o advogado assina uma cláusula que o desqualifica para entrar em Juízo – o termo de não-

135 TESLER, Pauline H. Collaborative law; achieving effective resolution in divorce without litigation. 2nd ed. USA: ABA, 2008. p. xvii

136 TESLER, Pauline H. Ob cit. p. xiii

137 BRAGA, Adolfo, FÜRST, Olivia, ALMEIDA, Tania. Práticas Colaborativas no Direito de Família. Prática Premiada com o Prêmio Innovare Edição X, Rio de Janeiro – São Paulo. 2013. pp. 1-2

litigância e o termo de confidencialidade, chamados de Termo de Participação. Juntamente com esse profissional de Direito, existe a equipe multidisciplinar que será formada diante às necessidades¹³⁸ do cliente.

Uma questão fundamental é que o cliente trabalhará em conjunto com essa equipe para chegar a um acordo com a outra parte e, para isso, a outra parte também deve ter escolhido a opção colaborativa.

Assim, as duas partes propõe-se ao diálogo para chegar ao acordo, colocando seus advogados trabalhando um com o outro e não, não mais, contra o outro.

Para construir esse acordo, as Práticas Colaborativas utilizam muitas ferramentas que se assemelham às utilizadas pela Mediação (em negociação, em comunicação etc), porém os dois institutos guardam diferenças importantes.

Como foi observado na conceituação de Mediação, existe um terceiro imparcial que facilita o diálogo entre as partes, não devendo, de maneira geral, opinar sobre as questões trazidas à sessão de Mediação.

Na prática Colaborativa, o advogado contratado por uma parte deve oferecer-lhe orientação jurídica para que suas necessidades e interesses sejam atendidos da melhor forma possível.

Ou seja, o advogado é parcial, posicionando-se ao lado de seu cliente, auxiliando-o a chegar a soluções, podendo propor formas de resolver o conflito.¹³⁹

Se por um lado os institutos podem ser diferenciados, por outro pode-se pensar de que maneira eles se comunicam:

Se, durante a mediação, as partes sentirem necessidade de orientação jurídica, podem recorrer a advogados colaborativos, sem o risco de que uma abordagem litigante comprometa o processo;

Advogados colaborativos podem acompanhar seus clientes antes, durante e após as sessões de mediação, prestando assessoria, sem interferir negativamente no processo de mediação por terem total clareza de seu papel neste espaço;

Do mesmo modo, por hipótese, ao surgir um impasse significativo durante uma negociação colaborativa, as partes podem recorrer à mediação para ajudá-las na tomada de decisões pontuais.¹⁴⁰

138 Se existirem problemas financeiros, poderá ser chamado um contador; no caso do cliente ter filhos que serão afetados com a decisão, poderá se contar com a ajuda de um profissional especializado em crianças; e, se o próprio cliente desejar trabalhar o conflito de outra forma, com o manejo de sentimentos, também será oferecida a ajuda de profissionais de saúde, psicólogos etc.

139 BRAGA, Adolfo, FÜRST, Olivia, ALMEIDA, Tania. Ob cit. pp. 7-9

140 BRAGA, Adolfo, FÜRST, Olivia, ALMEIDA, Tania. Ob cit.. pp. 7-9

Assim, observa-se que os institutos podem se complementar de maneira benéfica para o cliente, garantindo que seu conflito seja tratado adequadamente pelos profissionais responsáveis a orientá-lo, sejam eles advogados, mediadores, psicólogos etc.

4.2.4 ARBITRAGEM

Apesar de muito se falar em Mediação e Arbitragem, inclusive existem órgãos que abarcam os dois institutos, como o CONIMA, por exemplo, são dois métodos bem diferentes quanto ao procedimento para a resolução de um conflito.

A Arbitragem no Brasil é regulada pela lei 9.307, sendo cada vez mais utilizada como diante das facilidades em comparação com os Tribunais. Contudo, a Arbitragem guarda mais semelhanças com os Tribunais do que com a própria Mediação.

Na Arbitragem existe a figura do árbitro, terceiro imparcial que julgará o caso apresentado pelas duas partes, proferindo uma decisão, muito semelhante à função de um Juiz.

Inclusive,

“(…) diz o artigo 31 da LA que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos das sentenças proferidas pelo Judiciário. Isso quer dizer que a arbitragem é um EQUIVALENTE FUNCIONAL DO JUDICIÁRIO, já que produz os mesmos efeitos que este, circunstância que atesta ser a arbitragem forma de exercício da jurisdição, pois produz os mesmos efeitos produzidos pelo Judiciário no exercício da jurisdição.¹⁴¹”

Na Mediação, o terceiro imparcial não tem a função de decidir pelas partes, são elas mesmas que constroem o acordo. O Mediador colabora com processo de diálogo entre elas, sem contudo, dizer se existe um vencedor ou perdedor.

Além disso, podemos discriminar três elementos básicos da estrutura da Arbitragem para prosseguir na comparação: o primeiro, a existência de um contrato, no qual as partes selecionam o instituto da Arbitragem como método para solucionar determinado conflito; segundo, um contrato entre as partes e o(s) árbitro(s), no qual ele(s) é(são) selecionado(s) para decidir a questão; terceiro, um conjunto de normas de direito público “*regulando os requisitos de validade da convenção de arbitragem; capacidade, imparcialidade, independência, competência e responsabilidade do*

141 ROCHA, José de Albuquerque. Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15

*árbitro, inclusive penal, já que é equiparado a funcionário público.”*¹⁴²

Assim, a Arbitragem pode ser definida como:

um meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.¹⁴³

Ou seja, ao contrário da Mediação, que tem como uma de suas características a informalidade, no procedimento arbitral existem muitos norteadores como contratos prévios, regras de direito público etc..

Existem várias formas de combinação entre Mediação e Arbitragem, uma delas é a construção de cláusulas escalonadas – quando é prevista a Mediação como forma de solução de controvérsias e se não for possível um acordo se instaura o procedimento arbitral.¹⁴⁴

Esse tipo de procedimento permite que as partes envolvidas procurem uma solução autônoma, e tentem construir o entendimento e só depois passem à presença de um terceiro decisor.

4.2.5 TUTELA JURISDICIONAL

A Tutela Jurisdicional é um meio heterocompositivo de resolução (imperativa¹⁴⁵) de conflitos, porque, assim como na arbitragem, existe um terceiro, neste caso um Juiz que determinará a decisão.

O Juiz, a partir daquilo que foi apresentado pelas partes, pelas provas produzidas e válidas, e dentro dos limites dos pedidos elaborados, dará uma sentença. Esse título judicial pode conferir uma certificação e/ou uma satisfação:

“A atividade jurisdicional de certificação pode se constituir em uma simples declaração sobre a existência ou inexistência de determinada relação jurídica, na constituição de uma nova relação jurídica ou em um comando para que se realize determinada obrigação. Nesse último caso, será necessária uma segunda ordem de atividade jurisdicional, de satisfação, na qual se praticam os atos necessários à efetivação do direito certificado, que, neste caso, não é o bastante. A jurisdição cuida, também, de preservar a qualidade e/ou a eficácia de sua própria atividade (função cautelar) com medidas

142 ROCHA, José de Albuquerque. Ob cit. pp. 13

143 ROCHA, José de Albuquerque. Ob cit. p. 23

144 Cláusula Escalonada. Disponível em <http://www.abcarbitragem.com.br/Site/interna.asp?p=7> . Acesso em 14.05.2015

145 “função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” Classificação proposta por CÂNDIDO DINAMARCO, Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1, p. 305. In CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.38

específicas apropriadas.”¹⁴⁶

Toda essa atividade, é regida, dentre outros princípios pelo devido processo legal, que abarca a

“garantia da independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões, da iniciativa (demanda) por um sujeito diversos, órgão julgador (dispositivo), da paridade de armas, contraditório, ampla defesa e da definitividade de suas decisões (coisa julgada)”.

Existe ainda, estudiosos que identificam especificidades nesse princípio, distinguindo ainda, o devido processo legal substantivo ou material (art. 5º , LV e 3º, I) de onde são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Esse, é o caso do autor Pedro Lenza, que afirma a necessidade de preenchimento de três parâmetros para atingir um conteúdo justo:

“- necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;
 - adequação: também denominada pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;
 - proporcionalidade em sentido estrito: em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.”

4.3 O PROCESSO DE MEDIAÇÃO

O processo de Mediação é constituído por etapas que serão guiadas por um mediador ou mais mediadores, conforme o desejo e interesse dos participantes.

O mediador poderá ser escolhido pelas partes, em comum acordo ou, nos casos de Mediação Judicial, esse será indicado pelo Centro responsável por processos de solução de conflitos.

Os mediandos, primeiramente, serão apresentados pelo mediador às regras do procedimento e seus objetivos, em uma etapa que é chamada que pré-mediação. Eles poderão fazer perguntas para esclarecer qualquer questão e, nessa mesma sessão, o mediador poderá pedir que os mediandos que exponham as razões por estarem ali.

Se os mediandos concordarem em participar do procedimento, na sessão de

146 CALMON, Petrônio. Ob cit. pp.38-39

pré-mediação, será assinado o termo de participação, o convênio de confidencialidade¹⁴⁷ e o termo de independência¹⁴⁸, ainda serão ajustados os honorários e sua divisão, nos casos de Mediação privada; a frequência das reuniões e quaisquer questões referentes ao processo.

As próximas etapas serão conduzidas pelo mediador de acordo com a disposição dos mediandos e suas observações do caso.

Resumidamente e de forma didática, as etapas posteriores à pré-mediação¹⁴⁹ podem ser apresentadas da seguinte maneira:

- (a) relato de histórias dos mediandos com a identificação, pelo mediador da pauta objetiva e subjetiva. Nessa etapa, o mediador procura discriminar as questões conflituosas da relação entre as partes;
- (b) procura pela melhora na comunicação entre os mediandos, com a ampliação da pauta para reconhecer interesses, necessidades e valores dos mediandos. O mediador pode usar técnicas para indicar o deslocamento da negociação dos interesses e não das posições.
- (c) ampliação das opções tidas como ideais para cada mediandos, procura por soluções de benefício mútuo e posterior escolhas dessas opções. O mediador deve verificar as informações necessárias para a escolha de opções, sugerindo quando for o caso a consulta à especialistas, como advogados, contadores etc.
- (d) comprometimento com a solução selecionada pelos mediandos, assinatura do termo de Mediação.

4.3.1 LIMITES DO PROCESSO DE MEDIAÇÃO

Dentro do processo de Mediação, os limites são definidos, em geral, pelas próprias partes, os mediandos, mas existem casos em que o Mediador deve se manifestar.

São casos de violam a lei penal contra crianças, adolescentes, idosos e

147 O termo de confidencialidade é o documento que prevê a confidencialidade de questões tratadas nas sessões de Mediação, essas questões serão indicadas pelos mediandos. O termo de confidencialidade deverá ser assinado por todos que participarem da Mediação, incluindo advogados, peritos e terceiros.

148 O termo de independência garante que o mediador não está sujeito a quaisquer influências externas e pode interromper o processo de Mediação se entender que esse não está evoluindo ou que está sujeito a alguma questão prejudicial.

149 Na pré-mediação, o Mediador também poderá fazer o mapeamento e análise dos conflitos trazidos pelos mediandos.

mulheres que ainda não foram levados ao Judiciário; casos em que alguma das partes possui doença mental ou física, que dificulta ou impede o andamento do processo; casos em que existem dúvidas técnicas jurídicas, de engenharia, de contabilidade etc, que irão inviabilizar o acordo ou que a falta de informação impedirá uma tomada de decisão informada por uma ou alguma das partes.

A imparcialidade do Mediador, aqui, não é comprometida, visto que é seu dever ético estar atento a essas questões e sinalizá-las quando ocorrerem.

Além disso, existe a questão da indisponibilidade de certos bens jurídicos, em uma transação¹⁵⁰, termo jurídico para referir-se a concessões mútuas¹⁵¹. O Código Civil em seu artigo 841, prevê que “*só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.*”

Assim, é importante que para assuntos ligados a essa temática, estejam presentes, ou sejam consultados, advogados pelas partes, impedindo que alguma norma seja ultrapassada ou mesmo que o acordo se torne inexecutável.

4.4 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

Miguel Reale (2002, p. 303) define princípios como “*certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.*”

Dessa maneira, foram escolhidos os principais princípios apontados pela doutrina e pela legislação, como o Novo Código de Processo Civil¹⁵² e pelo Código

150 Art. 840, CC. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

151 No processo de Mediação, esses termos são evitados, pois dizem respeito à uma ciência que considera as partes de um processo como antagônicas (autor e réu). Assim, na Mediação diz-se que serão procuradas soluções de benefício mútuo e isso pode implicar algumas flexibilizações no posicionamento inicial.

152 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da **independência**, da **imparcialidade**, da **autonomia da vontade**, da **confidencialidade**, da **oralidade**, da **informalidade** e da **decisão informada**.

§ 1º A **confidencialidade** estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do **dever de sigilo**, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a **livre autonomia dos interessados**, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.¹⁵² (grifei)

de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais da Resolução nº 125/10 do CNJ¹⁵³, para que se possa ter um aspecto geral da Mediação, mesmo que outros autores, com a argentina Marinés Suares, somente considerem a existência de alguns deles.

Dentre os princípios da Mediação, alguns se encaixam também como princípios que norteiam a própria conduta do Mediador.

4.4.1 PRINCÍPIO DA IDEOLOGIA

Marinés Suares conceitua os princípios como os pressupostos que se baseiam a Mediação, para ela, são quatro: ideologia, voluntariedade, neutralidade e confidencialidade.

O Princípio da Ideologia conjuga o “*sistema de ideias, crenças e valores sobre o homem e a sociedade.*”¹⁵⁴

Nesse sentido, a ideologia da Mediação se baseia na ideia de que

“os seres humanos são capazes de resolver, por eles mesmos, seus próprios conflitos e/ou disputas de forma efetiva. Isso ocorre permanentemente, só algumas vezes se “emperram”; na Mediação se busca resgatar essa capacidade que se encontra, por algum motivo, obstaculizada.”¹⁵⁵

Além disso, acredita que a sociedade atual, para sua sobrevivência, precisa criar outros meios para resolver seus conflitos. A Mediação, por exemplo, que apresenta valores como a boa-fé, a colaboração, a tomada de decisões por consenso, oferece soluções mais criativas e melhores.¹⁵⁶

4.4.2 PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE/AUTONOMIA DA VONTADE¹⁵⁷

O Princípio da Autonomia da Vontade garante que as decisões tomadas pelas partes no processo de Mediação, inclusive sua participação ou não, são livres.

A escolha do Mediador, a definição de procedimentos a interrupção do processo e qualquer outro tipo de decisão está submetida à vontade dos

153 Resolução nº 125/10 do CNJ. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 15.05.2015

154 Tradução livre de SUARES, Marinés. *Mediando em sistemas familiares*. 1ª Edição. Buenos Aires: Paidós, 2002. p. 28

155 Tradução livre de SUARES, Marinés. *Ob cit.* p. 29

156 Tradução livre de SUARES, Marinés. *Ob cit.* p. 29-30

157 Na Mediação Judicial esse Princípio também pode ser chamado de Consensualismo Processual. AZEVEDO André Gomma (org.) *Ob cit.* p. 236

participantes, não podendo ser uma decisão unilateral nem do Mediador nem de somente uma das partes.

Marinés Suares (2002. P. 33) entende que esse princípio também deve ser aplicado ao Mediador, visto que eles podem interromper o processo de Mediação se entenderem que não é conveniente continuar. Como estão submetidos ao princípio da confidencialidade, não são obrigados a explicar sua decisão para o Juiz (no caso de Mediação Judicial) ou para terceiros envolvidos na situação.

4.4.3 PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA

O Princípio da Independência, no Brasil, em muito se relaciona com a questão dos Mediadores considerada por Marinés Suares no tópico anterior. O Mediador tem independência para interromper o processo de Mediação e não está sujeito à qualquer influência, seja de juízes, árbitros, advogados, mediandos ou terceiros.

Se ele entender que não estão presentes as condições necessárias para prosseguir com processo de Mediação é seu dever ético interromper o procedimento.¹⁵⁸

4.4.4 PRINCÍPIO DA DECISÃO INFORMADA

O que se busca na Mediação é a resolução do conflito entre as partes e a melhora da comunicação entre elas. Contudo, esses dois objetivos não podem ser alcançados se alguma delas não tiver ciência de seus direitos e deveres e/ou da situação fática na qual estão inseridas.

Dessa maneira, é papel do Mediador garantir que as partes entendam sobre o que estão acordando, assegurando legitimidade para a autocomposição.

Contudo, o Mediador, independente de sua profissão de origem, não poderá se manifestar quanto aos temas discutidos, seu papel é provocar reflexão sobre as questões e inclusive demonstrar a necessidade de assistência técnica de advogados, psicólogos, engenheiros etc para o completo entendimento do problema e da solução proposta pelas partes.¹⁵⁹

158 Princípios e Garantias da Mediação e Conciliação Judiciais. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/mediacao-e-conciliacao/o-que-e-mediacao-e-conciliacao>. Acesso em 16.05.2015.

159 AZEVEDO, André Gomma (org.) Ob cit. p. 236.

4.4.5 PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE

O significado do termo neutralidade é bastante discutida pelos estudiosos da Mediação.

Marinés Suares realiza uma desconstrução deste e, por fim, propõe a utilização de um neologismo – de-neutralidade. De-neutralidade é uma neutralidade que permite o envolvimento, respeitando-se os limites éticos. Por outro lado, Sara Cobb entende neutralidade como a forma pela qual o Mediador orienta, conduz a participação dos mediandos na Mediação.

Já para os autores do Projeto de Negociação de Harvard, o Mediador é chamado a ser imparcial, o que implica a colaboração com as partes sem contudo, oferecer vantagem a alguma delas.¹⁶⁰

4.4.6 PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE

O Princípio da Confidencialidade garante que todas as informações compartilhadas e geradas no decorrer do processo de Mediação são confidenciais. Essa confidencialidade inclui os Mediadores, os Mediandos, os advogados e quaisquer terceiros que venham a participar do processo.

Assim, pode-se dizer que existem dois níveis de confidencialidade: o nível externo, em relação aos terceiros não participantes da Mediação, incluindo nesse caso, juízes e árbitros e o nível interno, entre os participantes da Mediação, quando for utilizado o recurso das reuniões privadas (“caucus”), no qual somente uma das partes está com o Mediador.¹⁶¹

As reuniões privadas são realizadas por desejo dos Mediadores ou dos Mediandos. Nelas podem ser trocadas informações que o Mediando não quer compartilhar com a outra parte. Dessa maneira, o Mediador também tem o dever de manter o sigilo dessas questões, inclusive perguntado para o Mediando o que ele gostaria que ficasse em sigilo.

Uma das consequências desse princípio, é que o Mediador não poderá servir como testemunha em processos judiciais que tenham relação com algum dos casos que participou.

160 MUSZKAT, Malvina Ester. Guia Prático de Mediação de Conflitos. 2ª Ed. Rev. São Paulo: Summus, 2008. pp. 55-57

161 Cartilha de Mediação da OAB/RJ. p. 5. Disponível em http://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/-Comissao/cartilha_mediacao.pdf. Acesso em 21.02.2015.

4.4.7 PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE e PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Os Princípios da Simplicidade e da Oralidade estão relacionados ao procedimento utilizado. Comparativamente ao processo formal utilizado, o processo de Mediação não apresenta uma forma rígida, ela pode ser moldada conforme a vontade das partes e o entendimento do mediador.

Em outras palavras,

A simplicidade traduz-se na desburocratização das formas, bem como aproveitamento dos atos que não comprometam o fim buscado (instrumentalidade das formas) objetivando sempre descomplicar o procedimento, o tornando totalmente compreensivo às partes.¹⁶²

Apresentados os princípios da Mediação, a seguir será apresentada seu histórico no Brasil.

4.5 MEDIAÇÃO NO BRASIL

4.5.1 RESOLUÇÃO Nº 125 DO CNJ¹⁶³

A Resolução nº 2015/10 do Conselho Nacional de Justiça traz em sua consideranda muitos componentes tratados no capítulo sobre acesso à justiça, inclusive e opção muito relevante, é o uso da expressão “acesso à ordem jurídica justa”.

Mais especificamente, o CNJ implanta, no Poder Judiciário, uma política pública que almeja a concretização do princípio constitucional de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, com tratamento adequado dos problemas jurídicos e conflitos de interesses, por meio da utilização de meios consensuais de resolução de conflitos, principalmente a Mediação e a Conciliação.

É, portanto, o reconhecimento do Poder Judiciário que a Mediação e a Conciliação são “*instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios*”.

Esse reconhecimento é devido, principalmente, porque, os programas já implementados no Brasil, tem oferecidos resultados muito positivos, com a redução da “*excessiva judicialização dos conflitos de interesses, (d)a quantidade de recursos e de execução de sentenças.*”

162 AZEVEDO, André Gomma (org). Ob cit. p. 238

163 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 26.05.2015.

Para atenderem a essas previsões, os objetivos da Resolução são:

- i) disseminar a cultura de pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º; ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º).¹⁶⁴

4.5.2 MARCO LEGAL

Não existe uma lei específica para regular a Mediação no Brasil, contudo, desde 1998 existem projetos de lei que procuram realizar essa tarefa. Para entender um pouco melhor sobre as tentativas de institucionalizam da Medição, será feito um breve resumo sobre os marcos legais.

Em 1998, a Deputada Federal Zulaiê Cobra iniciou o primeiro projeto de Lei¹⁶⁵ (nº 4.827/98) que visava a institucionalização da Mediação no ordenamento jurídico Brasileiro.¹⁶⁶

Em 2011, sob autoria do Senador Ricardo Ferraço e colaboração de Humberto Dalla, um novo projeto de lei (nº 517/11) com ementa muito semelhante ao primeiro: “institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos”.

Novamente, em 2013 foi proposto um projeto de lei pelo Senado (405/13), agora sobre a autoria do Senador Renan Calheiros e coordenação do Ministro Felipe Salomão e comissão de juristas. Contudo, esse projeto de limitava a mediação extrajudicial.

No mesmo ano, foi apresentado, também no senado, sob autoria do Senador José Pimentel e coordenação do Ministério da Justiça, do Conselho Nacional de Justiça e comissão de especialistas, projeto de lei dispendo sobre mediação (nº 434).

Com tantos projetos de lei, o Senado decidiu unificar os três que haviam iniciado nessa casa legislativa sob o número nº 517/11, tendo como Relator o Senador Vital do Rêgo (dezembro de 2013). A ementa unificada “dispõe sobre a

¹⁶⁴ AZEVEDO, André Gomma (org). Ob cit. pp. 27-28

¹⁶⁵ Ementa: Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

¹⁶⁶ BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a Institucionalização da Mediação no Direito Positivo Brasileiro. In Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Volume 3. pp. 207-208. Disponível em <http://www.arco.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro/>. Acesso em 15.03.2015

mediação entre particulares como meio alternativo de controvérsias no âmbito da Administração Pública”.

Já na Câmara dos Deputados, atualmente, existe em tramitação o Projeto de Lei nº 7.169/14, com CCJ substitutivo apresentado pelo Deputado Sergio Zveiter e parecer do Relator pela Aprovação, que dispõe sobre a medição extrajudicial, judicial e composição de conflitos na Administração Pública.

Além disso, o Novo Código de Processo Civil, aprovado e sancionado em 2015, comentado no presente estudo, também oferece um marco legal para a mediação, sendo que somente trata de mediação e conciliação judiciais e mediação extrajudicial no que couber.

Enquanto, os projetos de lei não são aprovados, os operadores do Direito aguardam a entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil para observar na prática as mudanças trazidas, que visam tornar o processo civil mais eficiente e correspondente com as necessidades dos jurisdicionados.

Diante do panorama brasileiro, a seguir serão estudados os benefícios concretos da Mediação, relacionados à ordem jurídica justa nas relações continuadas de família, considerando como parâmetro os casos estudados no Capítulo 3.

4.6 OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO – CONCRETIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA, BUSCANDO A ORDEM JURÍDICA JUSTA

Nos tópicos abaixo serão demonstrados os principais benefícios da Mediação e de que maneira o acesso à ordem jurídica justa, especialmente, nas relações entre os membros de um núcleo familiar, pode ser atingido com a utilização desse instituto. Os benefícios escolhidos foram:

- (a) adequação;
- (b) observação do conflito por completo;
- (c) autoria das decisões;
- (d) soluções de benefício mútuo;
- (e) maior quantidade de acordos e cumprimento espontâneo;
- (f) observação do conflito no tempo das partes;
- (g) menor gasto financeiro.

4.6.1 ADEQUAÇÃO

Os meios autocompositivos de resolução de conflitos foram por muito tempo chamados de “alternativos”, visto que, tradicionalmente, era o Judiciário, através do processo, que atendia a demanda dos conflitos socioeconômicos, com objetos juridicamente tutelados.

Contudo, procura-se cada vez mais utilizar ao vocábulo 'adequado' para se referir aos métodos de resolução de conflitos, independentemente de sua utilização de larga escala ou não.

Nesse sentido, a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu, em âmbito nacional, o movimento para utilização dos meios autocompositivos de resolução de conflitos, em sua consideranda dispõe (4º parágrafo):

“(...) **CONSIDERANDO** que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de **tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade**, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;(...)” (grifei)

Com a utilização de um vocábulo (adequação) que agrega ao Sistema de Justiça outras possibilidades de tratar os conflitos, ao invés de pensar na alternatividade, que traz uma percepção de exclusão de uma opção por outra, os jurisdicionados serão beneficiados.

O princípio da adequação tem grande afinidade com o que foi estudado no Capítulo I, na Terceira Onda de Acesso à Justiça. A adequação traz a possibilidade de pensar sobre as várias faces e fases do conflito e tratá-las de maneira específica, conforme suas características.

Também, nesse tópico, foi citado o trabalho do Professor Frank Sander: Sistema Multiportas, em que o princípio da adequação é aplicado de maneira expressa para escolher o melhor, o mais adequado método para tratar determinado conflito.

Sobre esse assunto, o professor Kazuo Watanabe afirma:

“Trata-se, enfim, de um modo de se alcançar a justiça com maior equanimidade e aderência ao caso concreto.

(...)

Essa é a premissa que se deve ter em mente quando se pensa em meios consensuais de solução de conflitos: **adequação da solução**

à natureza dos conflitos e às peculiaridades e condições especiais das pessoas envolvidas. ¹⁶⁷ (grifei)

Além de outras importantes questões, esse entendimento permitiu pensar o Direito e o Conflito de forma mais abrangente, concretizando-se com a Resolução nº 125/10 e posteriormente, no Novo Código de Processo Civil.

A adequação, não é só pensada para os meios autocompositivos, no Novo Código de Processo Civil, mas também permeia o texto da Lei 13.105/15:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

(...)

§ 2º O conciliador, que **atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio**, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que **atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes**, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

(...)

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, **adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito**;

(...)

Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou **determinará medida adequada à solução da controvérsia**. (grifei)

Ou seja, “propõe-se então um enfoque com base na adequação do instrumento de resposta ao conflito, centrado no interesse do usuário do sistema e

167 ALMEIDA, Rafael Alves de, ALMEIDA, Tania, CRESPO, Mariana Hernandez.(Org), Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p.89. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1> . Acesso em 26.05.2015.

não (somente) no interesse da administração.”¹⁶⁸ Isso porque, não se trata de pensar de conflitos mais ou menos significativos ou de maior ou menor grau de complexidade, é um conjunto de características que fará com que aquele conflito seja melhor analisado e tratado por um método autocompositivo ou heterocompositivo, por um Juiz, por um Mediador etc.

Essa afirmação é de grande importância nos estudos dos meios de resolução de conflitos, pois retira força do argumento que de esses 'novos' métodos, agora inseridos no Novo Código de Processo Civil e estimulados pelo CNJ, são pensados para “desafogar” o Sistema Judiciário¹⁶⁹.

Pelo contrário,

“A redução do número de processos a serem julgados pelos juízes, resultado que certamente ocorrerá com a adoção deles [métodos consensuais de solução de conflitos], será mera consequência. E, sendo esses meios utilizados também na solução dos conflitos ainda não judicializados, haverá até mesmo a redução do número de processos, e não apenas da quantidade de sentenças a serem proferidas.

O que estamos querendo afirmar, com essas ponderações, é que os meios consensuais de solução de conflitos não devem ser utilizados com o objetivo primordial de se solucionar a crise de morosidade da justiça, com a redução da quantidade de processos existentes no Judiciário, e sim como uma forma de dar às partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça.”¹⁷⁰

4.6.2 OBSERVAÇÃO DO CONFLITO POR COMPLETO

Como visto no tópico 2.4, o conflito ao tomar o contorno jurídico de lide ou litígio, se apresenta limitado na prestação da tutela jurisdicional, justiça heterocompositiva.

Pode-se observar que, nesse método de resolução de conflitos, o foco das questões está relacionado aos pedidos elaborados nas petições, majoritariamente realizado por assessores jurídicos das partes, com linguagem própria; esses pedidos garantirão estabilidade àquela situação jurídica e um resultado dentro dos limites presentes nos autos.

168 NETO, Joaquim Domingos Almeida. A prática da Mediação em contexto Judiciário: Busca de Meios Adequados de Resolução de Disputas. Versão de 11 de agosto de 2011. p 2. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077863/a-pratica-da-mediacao-em-contexto-judiciario.pdf>. Acesso em 26.05.2015.

169 Vide <http://psd.org.br/noticia/relatorio-de-zveiter-para-mediacao-juridica-e-aprovado/> e <http://globo.com/rede-globo/jornal-nacional/t/edicoes/v/comissao-da-camara-analisa-projeto-que-amplia-a-atuacao-da-mediacao/3375699/> Acesso em 26.05.2015

170 ALMEIDA, Rafael Alves de, ALMEIDA, Tania, CRESPO, Mariana Hernandez (Org.), Ob cit. p.89.

Esses resultados, muitas vezes, determinarão culpa de umas das partes por ocasionar aquela situação. Como exemplos, dentro do ordenamento jurídico pátrio podem ser mencionados: quando a coisa se perde por **culpa** do devedor, este responde pelo equivalente, mais perdas e danos (art. 239, CC/02); o empreiteiro poderá suspender a obra por **culpa** do dono, ou por motivo de força maior (art. 625, I, CC/02); o dono do animal deve ressarcir os danos causados por esse, se não comprovar **culpa** da vítima ou força maior (art. 936, CC/02).

Nesse sentido, quando o juiz sentencia o processo, está ali imposta uma determinação que deverá ser cumprida sob pena de sanção ou cumprimento forçado da obrigação (execução).

Por outro lado, na justiça autocompositiva, o conflito é visualizado por uma ótica mais ampla e seus contornos originais podem ser mantidos quando métodos autocompositivos são utilizados.

O que estará em foco é o restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas e a construção de um acordo que atenda à necessidades e os interesses desses.

No Caso 2 (tópico 3.4.2), o princípio do melhor interesse do menor foi aplicado, pois às suas necessidades de um convívio permanente e harmônico com seus genitores são protegidas juridicamente.

Contudo, não se pode deixar de observar e considerar os interesses desses pais que não conseguem compatibilizar o entendimento em relação à guarda do filho. Sem poder, ou querer, chegar a um consenso sobre a guarda de seu filho, eles recorreram à tutela jurisdicional para sanar essa questão.

Contudo, de que maneira permanecendo essa falta de consenso para outras questões, o princípio do melhor interesse da criança também pode ser violado, sem que a justiça seja acionada?

Para melhorar essa comunicação e, conseqüentemente o relacionamento entre os participantes, a Mediação, utiliza ferramentas que evitam a imposição de culpa. O foco da questão é a responsabilidade e, muitas vezes, a corresponsabilidade do surgimento e manutenção do conflito.

Isso permite a construção de confiança, não só entre o Facilitador/Mediador/Conciliador e as partes, mas também entre elas e é facilitado, entre outras coisas, pelo o compromisso de confidencialidade das informações utilizadas durante o procedimento.

Além disso, facilita-se o entendimento das questões jurídicas e não jurídicas relacionadas ao caso, porquanto utiliza-se, no processo de Mediação, de uma linguagem mais acessível, correspondente a características dos participantes.

Sobre os processos autocompositivos,

“(…), os professores Robert Baruch Bush e Joseph Folger¹⁷¹ sustentam que devem ser considerados como objetivos da autocomposição e, indiretamente, de um sistema processual, a capacitação (ou empoderamento) das partes (i.e. educação sobre técnicas de negociação) para que estas possam, cada vez mais, por si mesmas compor seus futuros conflitos. **Dessa forma, proporciona-se ao jurisdicionado efetivos meios de aprendizado quanto à resolução de disputa, obtendo-se também o reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos, o que gera uma aproximação real das partes e consequente humanização do conflito decorrente dessa empatia.**¹⁷²” (grifei)

4.6.3 AUTORIA DAS DECISÕES

Como abordado no tópico 1.5.3, os jurisdicionados tem a percepção que os tribunais são lugares onde serão impostas decisões ou sentenças, além da constatação da demora da prestação jurisdicional por vários fatores, inclusive, o número crescente de processos propostos.

Também, foi apresentado o estudo da professora Deborah Rhode, o qual indica uma satisfação crescente dos jurisdicionados quando esses entendem o processo como um procedimento justo, o que é impulsionado pela participação desses na tomada de decisões e tem, como consequência, um aumento da confiabilidade do sistema de justiça¹⁷³.

Essa participação, tem como premissa que um procedimento efetivo, *“depende das necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente, da qualidade dos programas.”*¹⁷⁴ Ou seja, variáveis apresentadas por Morton Deutsch que influenciam, direta ou indiretamente no surgimento e/ou manutenção do conflito entre as partes.

Dessa maneira, se as variáveis apresentadas no tópico 2.2 não só atuam no curso dos conflitos, mas também são parâmetros a serem considerados para atingir

171 V. BARUCH BUSH, Robert et al. The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition. São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994. In AZEVEDO, André Gomma (org.). 2013. p. 22

172 V. YARN, Douglas E. Dictionary of Conflict Resolution. São Francisco: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999. p. 418 In AZEVEDO, André Gomma (org.). p. 22

173 Vide Gráficos 09 e 11 no tópico 4.5.4.

174 RHODE, Deborah L., In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 132 In AZEVEDO, André Gomma (org.). p. 22

a “justiça” para os indivíduos e possíveis jurisdicionados, entende-se que elas devem ser analisadas e inseridas como parte integrante de um processo de resolução de conflitos.

Contudo, não são todos os métodos de resolução de conflitos que apresentam uma estrutura capaz de abranger questões extrajudiciais, permitindo a participação ativa das partes e trabalhando com valores e necessidades.

Nos três casos apresentados no tópico 3.4, por exemplo, o processo apresenta duas partes que serão afetadas diretamente pelo resultado do recurso especial, mas a família do alimentando (caso 1), o filho do casal parental (caso 2) e a mãe da recorrida, juntamente com a família do pai recorrente (caso 3) também serão impactados pelos resultados do processo, (“*público interessado no conflito*”¹⁷⁵), mas “suas vozes” não estão incluídas na construção da solução.

Inclusive pode ser citado, no caso 3 o comportamento da mãe da recorrida, que de acordo com o juiz de primeiro grau “*dificultou sobremaneira o relacionamento entre pai e filha*”¹⁷⁶.

Dessa maneira, além das limitações do conflito¹⁷⁷ em um processo judicial, além, da grande probabilidade, das partes não estarem representadas por completo por aquela peça jurídica e o resultado não atender suas necessidades e interesses, é possível que o público interessado naquele resultado, não satisfeito com sua resolução, ajude a manter o conflito entre as partes principais, colaborando para suas consequências destrutivas.

Considerando essas situações, os meios autocompositivos de resolução de conflitos e, principalmente, a Mediação, oferecem um espaço de diálogo, em que o terceiro presente (mediador), não irá impor sua vontade, mas somente conduzir o processo, trabalhando todas as questões e valores trazidos pelas partes e que tenham relação com o conflito apresentado.

Assim, é possível que, com o restabelecimento da comunicação, e o entendimento das raízes do conflito, as partes possam construir suas próprias decisões e, possivelmente, chegar a um acordo que inclua os outros participantes daquelas relações.¹⁷⁸

175 Vide tópico 2.2, “e”

176 Vide página 135, Anexo .

177 Vide tópico 2.4.2.

178 Para sessão de Mediação, com a autorização dos mediandos, poderão ser chamados terceiros que, em um primeiro momento, não estavam no conflito, mas tem relação muito próxima com ele e

Como apresentado por Robert Baruch Bush e Joseph Folger, no tópico anterior, a Mediação tem como alguns de seus objetivos diretos, o **empoderamento das partes** e o prática de **técnicas de negociação**, que permitam que elas mesmas possam, no futuro, utilizá-las para tratar sobre novas questões, aparentemente, incompatíveis.

O empoderamento permite o restabelecimento do equilíbrio na relação em conflito. Os estudiosos citados, acreditam que o conflito fragiliza as partes e dilui sua capacidade deliberativa.

Assim, o Mediador procura oportunidades para esclarecer objetivos, recursos, opções e preferências, ou seja, para que seja produzida, pelas partes, informação suficiente e acessível, para facilitar e garantir o equilíbrio de poder entre elas e, por consequência, permitir a construção de um acordo inteligível e satisfatório.

Por outro lado, Robert Baruch Bush e Joseph Folger, também focam sua abordagem no reconhecimento (*recognition*).

Na Mediação é igualmente importante, que além do empoderamento das partes e da construção do acordo, esse vise não só atender as necessidades de uma delas, mas de todas participantes.

Por isso, o reconhecimento é utilizado para que as partes percebam e levem em consideração a perceptiva do outro e suas necessidades ao ponderar suas decisões.¹⁷⁹

É nesse ambiente de troca que se torna possível a construção não só de um acordo, mas também de consenso pelas próprias partes. A decisão se desloca do terceiro (impositor) para, igualmente, ser dividida entre os participantes e agora, corresponsáveis pela resolução do conflito.

Diante desse novo cenário, é possível ainda considerar outros benefícios, que serão abordados a seguir.

4.6.4 SOLUÇÕES DE BENEFÍCIO MÚTUO

No processo contínuo de empoderamento e reconhecimento, as partes serão convidadas a pensar soluções de benefício mútuo, como foi analisado no Capítulo 2, o conflito pode ser definido como a percepção das partes de que seus interesses e

podem colaborar para a resolução deste.
179 ALMEIDA, Tania. Apostila de Slides do Curso Básico de Mediação em Conflitos 2015.1 do Mediare. p. 70

objetivos são incompatíveis.

Contudo, o processo de Mediação é dito como um método ganha-ganha, em que um “bom” acordo é aquele que satisfaz ambas as partes e, assim, para atingir esse resultado, é importante que os participantes da Mediação considerem soluções, em que seus interesses e necessidades são atendidos de maneira satisfatória e os da outra parte também.

O Caso 3, analisado no Capítulo 3, a compensação oferecida pela ausência de um dos genitores é financeira. Porém, será que um valor monetário satisfaz os interesses e necessidades dessa filha? Será que, dentro de um procedimento mais flexível não poderiam ser pensadas outras possibilidades de resolver esse conflito? Que culminassem com resultados positivos para as duas partes e priorizassem o princípio da afetividade? Por fim, será que a compensação financeira concretiza o princípio da afetividade ou ele não pôde nesse caso ser alcançado?

A Teoria dos Jogos traz o entendimento sobre como o processo de Mediação busca esses resultados positivos. Apesar de ser um ramo da Matemática Aplicada e da Economia, essa teoria trabalha com os conceitos de conflito, competição e cooperação, fundamentais dentro do estudo da Mediação.

A Teoria dos Jogos “*estuda situações estratégicas em que participantes se engajam em um processo de análise de decisões baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com quem se interage*”.¹⁸⁰

As considerações sobre “competição” podem ser encontrados nos estudos de Adam Smith, que acreditava que essa postura era regra básica das relações e, assim, dentro um sistema, prevaleceram aqueles que, por serem mais qualificados, melhores competidores, se beneficiarão com um ganho maior.

Por outro lado, John Nash propôs a ideia de “cooperação”, visto que essa postura “*traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o outro participante (até então, adversário)*”.¹⁸¹

O equilíbrio de Nash é atingido quando

“a combinação de estratégias que os jogadores preferencialmente devem escolher é aquela na qual nenhum jogador faria melhor escolhendo uma alternativa diferente dada a estratégia que o outro escolhe. A estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta a estratégia dos outros.”¹⁸²

180 AZEVEDO, André Gomma (org.) Ob cit. p. 53

181 AZEVEDO, André Gomma (org.) Ob cit. p. 54

182 BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H.; e PICKER, Randal C., Game Theory and the Law.

É importante destacar que equilíbrio de Nash na Teoria dos Jogos trabalha com um dinâmica de várias rodadas com os mesmos participantes, assim, sua comparação com as relações sociais é, preferencialmente¹⁸³, focada nas relações continuadas, tema tratado pelo Capítulo III.

Apresentada a real possibilidade de se obter soluções de benefícios mútuos, o que se deseja, finalmente, é sua concretização. Para que isso ocorra, a participação das partes deve estar alinhada com o entendimento de soluções ganha-ganha e isso pode ser feito de algumas maneiras.

Um dos papéis do Mediador é identificar as posições, interesses e valores de cada participantes. Dessa maneira, ele pode mapear o conflito, identificando posições divergentes (quando, por exemplo, um casal diverge sobre o valor da pensão a ser paga para seu único filho), interesses (o casal parental deseja que seu filho tenha condições de alimentação, vestimenta, educação etc, adequadas) e valores (respeito, honestidade, atenção, por exemplo etc).

Diante desse estudo, o Mediador poderá apresentar para os Mediandos, que apesar de suas posições serem antagônicas e, aparentemente incompatíveis, seus interesses e valores são compartilhados, mudando o foco do conflito para o que é melhor para a criança e não o que é o desejo dos pais.

Nesse exemplo, podemos observar o reconhecimento do princípio do melhor interesse da criança (art. 227, *caput*), abordado no Capítulo anterior, sendo possivelmente concretizado pela mudança de postura facilitada pela Mediação.

Contudo, sabe-se que existem interesses que não serão convergentes e nesse sentido, o Mediador colaborará para que possam ser harmonizados, em cada caso concreto.

4.6.5 MAIOR QUANTIDADE DOS ACORDOS E CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO¹⁸⁴

As soluções de benefício mútuo, como visto no tópico anterior, partirão das próprias partes, garantindo a aplicação do princípio da ideologia da Mediação, que não só oferece a possibilidade dessa construção pelas partes, mas acredita que ninguém melhor que elas para decidir sobre suas vidas.

É nesse entendimento, que se encontram as respostas para o grande número

Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994. p. 21. In AZEVEDO, André Gomma (org.). p. 56
183 “Merece registro que em relações não continuadas o equilíbrio de Nash consiste na não cooperação (ou competição).” In AZEVEDO, André Gomma (org.) p. 61
184 Sem que haja processo de execução para o cumprimento do acordo.

de acordos realizados e, principalmente cumpridos, pelas partes que passaram por um processo de Mediação.

A coautoria das decisões dentro do processo de Mediação garante o reconhecimento, como visto nos estudos da professora Derorah Rhode, de que o procedimento foi justo, porquanto as partes participaram ativamente dele.

Assim, a satisfação mútua e o equilíbrio de Nash serão garantidos se, também, na fase de cumprimento do acordo, as partes escolherem a manutenção da harmonia relevada pelo acordo, e com isso, implementarem o que foi estabelecido ao final da Mediação.

Para observar como essas questões são percebidas pelos usuários e medir o nível de satisfação no processo de Mediação, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC de Jundiaí - SP¹⁸⁵ realizou uma avaliação do programa, implementado desde 2005¹⁸⁶.

Desde outubro de 2005, o CEJUSC Jundiaí recebeu 30.711 reclamações, sendo 7.010 encaminhadas para o setor pré-processual - 1.304 causa cíveis e 5.706 causas de família – e 23.701 encaminhadas para o setor processual – 11.790 causa cíveis e 11.911 causas de família. (Gráfico 4)¹⁸⁷

185 OS CEJUSC's são centros vinculados ao Tribunal de Justiça dos Estados em que estão presentes, onde são realizados programas de conciliação e mediação gratuitos para a população e com o uso de mão de obra qualificada e voluntária.

186 Coord: GRINOVER, Ada Pellegrini, SADEK, Maria Teresa, WATANABE, Kazuo (CEBEPEJ) GABBAY, Daniela Monteiro, CUNHA, Luciana Gross (FGV Direito SP) Coolab: NETO, Adolfo Braga ... [et. al.] Estudo qualitativo sobre boas práticas de mediação no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretária de Reforma do Judiciário, 2014.

187 Coord: GRINOVER, Ada Pellegrini, SADEK, Maria Teresa, WATANABE, Kazuo (CEBEPEJ) GABBAY, Daniela Monteiro, CUNHA, Luciana Gross (FGV Direito SP) Coolab: NETO, Adolfo Braga ... [et. al.] Ob cit. p. 25

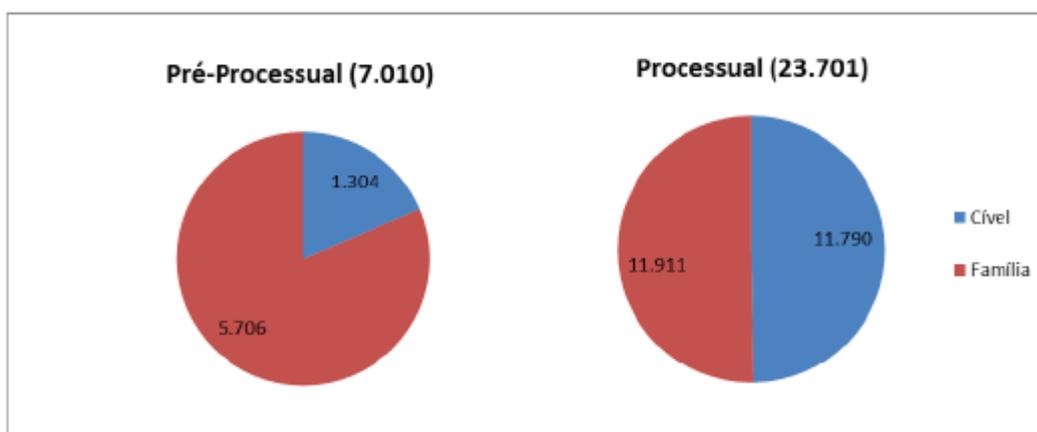


Gráfico 4. Quantidade de casos que foram endereçados aos programas pré-processual e processual do CEJUSC de Jundiaí

Dentro desse cenário, o número de acordos obtido foi de 9.759¹⁸⁸, sendo 3.154 no setor pré-processual – 160 causas cíveis e 2.994 causas de família – e 6.605 no setor processual – 1.951 causas cíveis e 4.654 causas de família. (Gráfico 5)¹⁸⁹

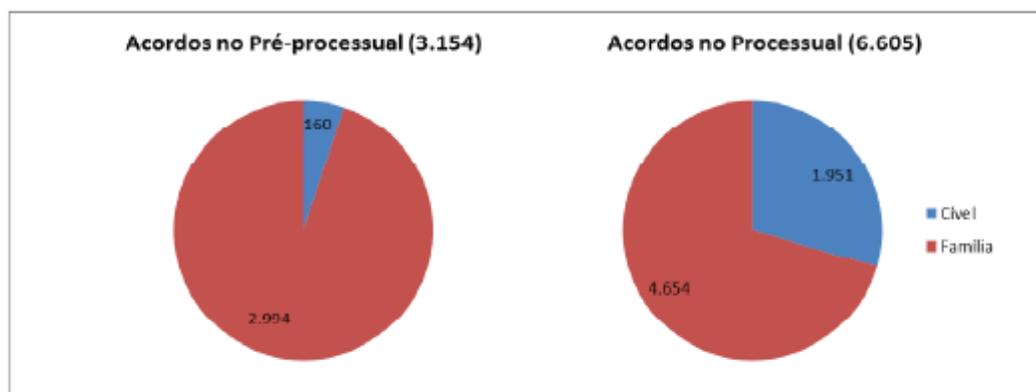


Gráfico 5. Quantidade de acordos obtidos nos programas pré-processual e processual do CEJUSC de Jundiaí

Além da análise do número de acordos, no período de janeiro a abril de 2014,

188 “Embora o número de acordos seja utilizado pelo CNJ como parâmetro de avaliação do sucesso de um CEJUSC, a comparação entre reclamações recebidas e acordos realizados deve ser realizada com parcimônia, especialmente considerando que (i) a realização de sessões pode ser prejudicada pela ausência das partes, (ii) uma sessão pode ser declarada infrutífera, mas recolocar as partes em diálogo ou (iii) o acordo firmado pode não ter sido benéfico ou factível de ser observado para ambas as partes, ocasionando seu descumprimento. Assim sendo, a Juíza Coordenadora do CEJUSC Jundiaí mantém controle das execuções distribuídas ao seu cartório de acordos firmados nos setores do Centro.” In Coord: GRINOVER, Ada Pellegrini, SADEK, Maria Teresa, WATANABE, Kazuo (CEBEPEJ) GABBAY, Daniela Monteiro, CUNHA, Luciana Gross (FGV Direito SP) Coolab: NETO, Adolfo Braga ... [et. al.] Ob cit. .p. 26

189 Coord: GRINOVER, Ada Pellegrini, SADEK, Maria Teresa, WATANABE, Kazuo (CEBEPEJ) GABBAY, Daniela Monteiro, CUNHA, Luciana Gross (FGV Direito SP) Coolab: NETO, Adolfo Braga ... [et. al.] Ob cit. p. 27

foi realizado a análise da satisfação com a mediação e a conciliação. Dos 797 formulários entregues, 518 eram referentes à mediação – 55% do setor pré-processual e 45% do setor processual.

Dentre outras avaliações, os formulários continham perguntas sobre a avaliação geral do mediador/conciliador (Gráfico 8), se resultado foi justo (Gráfico 9), a satisfação ao final da mediação/conciliação (Gráfico 10) e a imagem do Poder Judiciário ao final da mediação/conciliação (Gráfico 11).

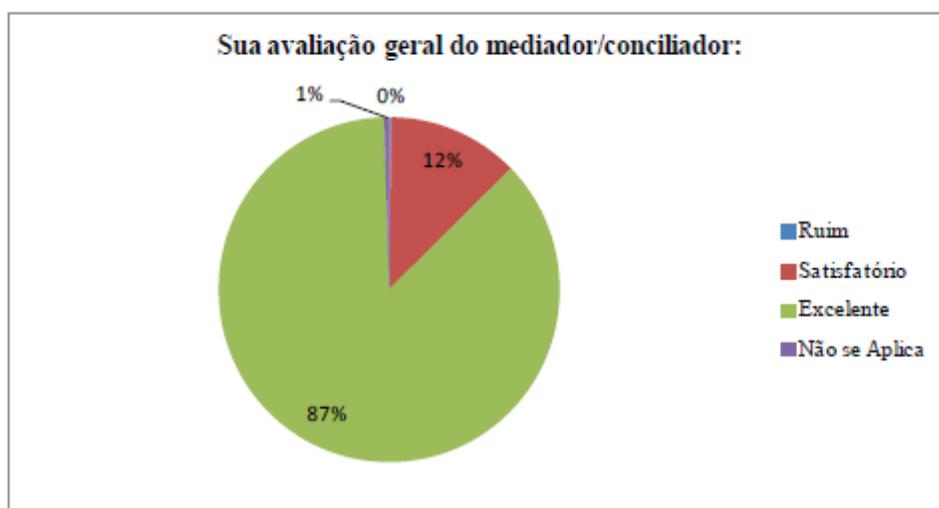


Gráfico 08. Avaliação geral do mediador/conciliador

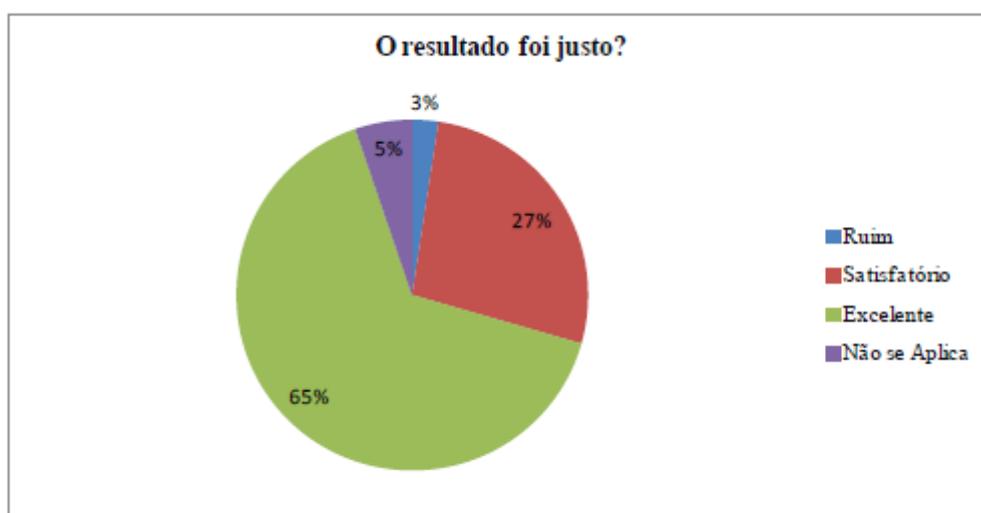


Gráfico 09. O resultado foi justo?

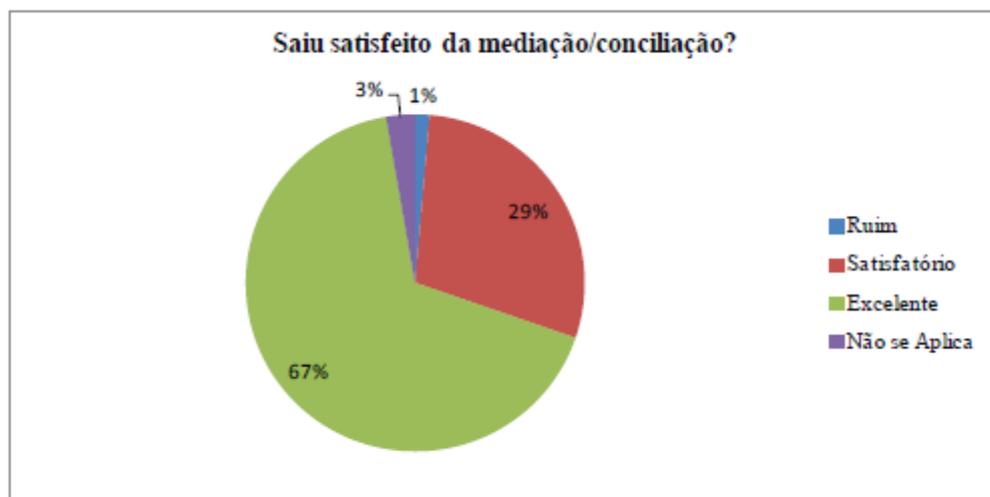


Gráfico 10. Saiu satisfeito da mediação/conciliação?

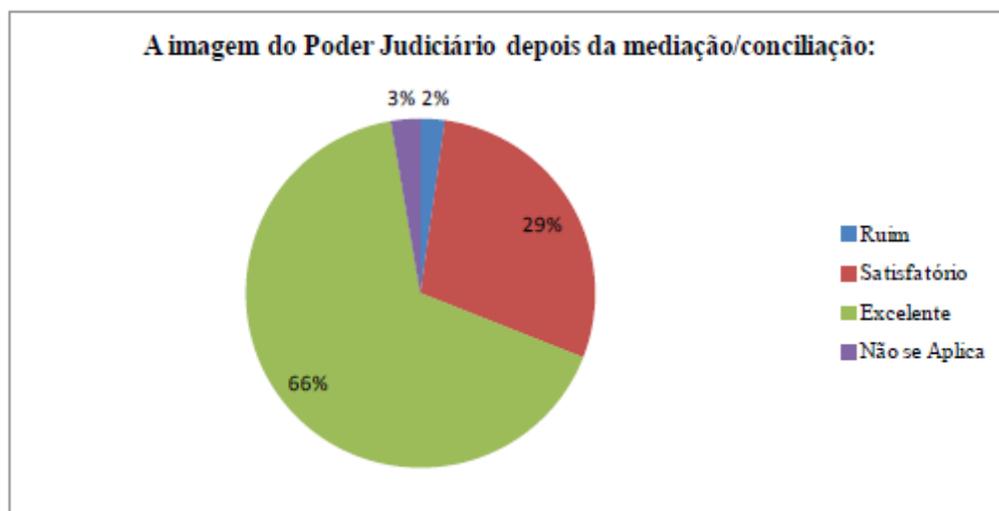


Gráfico 11. Imagem do Poder Judiciário depois da mediação/conciliação

Qualitativa e quantitativamente os resultados são positivos e dentro da perspectiva do presente trabalho, é importante notar, especificamente, o quesito justiça que foi analisado no Gráfico 9 - 65% dos mediandos entendeu que o resultado da Mediação foi justo de forma excelente e 27% de forma satisfatória, o que oferece um resultado positivo de 92% na avaliação geral.¹⁹⁰

4.6.6 OBSERVAÇÃO DO CONFLITO NO TEMPO DAS PARTES

A demora na prestação jurisdicional é percebida em grande proporção pelas

¹⁹⁰ Além dos dados do CEJUSC de Jundiaí – SP, também foram coletados dados do CEJUSC do Rio de Janeiro referentes aos fóruns de Méier, Belfort Roxo, Bangu, Petrópolis e Madureira. Contudo, as estatísticas são somente quantitativas e prezou-se no presente trabalho por dados que apresentassem as duas dimensões na utilização do instituto da Mediação.

partes, como se pode observar no gráfico 4, apresentado no Capítulo 1.

O tempo não é só um fator determinante para o resultado de um processo, mas também, faz parte do próprio sistema de justiça, que restringe os atos judiciais por meio de prazos.

Ao não cumprir o prazo, o jurisdicionado é “penalizado” com a revelia nos casos de contestação¹⁹¹, com a rejeição da petição, nos casos de embargos¹⁹², com o cessar da eficácia da medida cautelar¹⁹³ etc.

Com isso, percebe-se que a penalização pelo não cumprimento do prazo de conclusão do processo é imposta também ao jurisdicionado, mas sem que ele possa ter controle sobre essa situação.

A Mediação, nesse sentido, almeja devolver o poder sobre, quase todas as decisões, para o jurisdicionado, inclusive no aspecto temporal.

Aqui pode ser observado o princípio da autonomia da vontade, da informalidade e da oralidade.

O participante da Mediação, o mediando, é livre para iniciar e interromper ou até finalizar o processo no momento em que desejar; a informalidade e a oralidade garantem que o procedimento seja mais fluído e se molde às necessidades das partes, que podem trazer informações novas a qualquer momento, usar uma linguagem mais próxima de seu cotidiano.

As relações de família que tanto evoluem e se modificam diariamente pelo convívio, tem, na Mediação, um método que respeita essa especificidade temporal. Isso porque, o conflito, surgido a partir dessas relações, pode ser constantemente analisado no presente, sem que haja o engessamento dos “fatos” e dos “pedidos” nos documentos jurídicos.

Assim, a solução a que as partes chegarem terá maior identificação com o conflito em tempo real, podendo evitar a escalada¹⁹⁴ deste, se a Mediação for utilizada no início do conflito e isso, garante maior efetividade ao acordo.

Nesse sentido,

“(…) a fluidez do meio empregado favorece a construção continuada do objeto da disputa, sob o aspecto objetivo e sob o aspecto

191 Art. 319, Lei 5.869: Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

192 Art. 739, Lei 5.869. O juiz rejeitará liminarmente os embargos: I - quando intempestivos;

193 Art. 808, Lei 5.869. Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

194 Vide tópico 2.3.1

subjetivo. O foco se faz nos interesses, que podem ser alterados e descobertos pelas partes durante o processo de construção da solução pactuada(...)¹⁹⁵

Outro aspecto temporal, que se relaciona diretamente com o conflito, é a visão prospectiva.

A visão prospectiva oferece aos mediandos uma diferente perspectiva, suas atenções geralmente estão focadas no passado, quando começou o conflito e como ele se desenvolveu.

Contudo, principalmente, em relações continuadas, esse olhar limitado no que aconteceu favorece a escalada do conflito, tratada no Capítulo II do presente trabalho.

O que se deseja, portanto, é ampliar o campo de visão dos mediandos para que eles consigam observar os ganhos possíveis na manutenção daquela relação de maneira saudável e harmoniosa, e para isso devem olhar para o futuro.

Diante disso, é possível afirmar que a Mediação trabalha com os três períodos de tempo: o passado para reconhecer o conflito, suas raízes, e quais situações em que já foi possível um entendimento entre as partes; o presente, para resolver o conflito, tratar das necessidades imediatas das partes e cuidar para o não desenvolvimento negativo deste; o futuro, para ampliar a visão das partes, considerando soluções que sejam viáveis a longo prazo e visualizar como elas gostariam de manter aquela relação social.

Ou seja, o instituto da Mediação permite que os mediandos tenham uma visão sistêmica do conflito, como um encadeamento de eventos, que deve ser abordado com um todo para se chegar em uma possível solução.

4.6.7 MENOR GASTO FINANCEIRO¹⁹⁶

Em atenção, também aos obstáculos de natureza econômica, o acesso à ordem jurídica justa proposto pelo instituto da Mediação, traz como consequência uma minoração dos custos processuais presentes e futuros.

São ditos presentes e futuros, porque como observado no tópico anterior, a utilização da visão prospectiva permite que futuros processos judiciais ou até mesmo processos de Mediação sejam evitados, no momento em que as partes adquiram

195 NETO, Joaquim Domingos Almeida. Ob cit.. p. 4.

196 Observadas às possibilidades do serviço gratuito de Mediação.

ferramentas adequadas para lidar com seus conflitos e as utilizem para tanto.

Os custos judiciais observados no primeiro capítulo, obstáculos de cunho socioeconômico importantes, são reduzidos com a utilização da Mediação, porque o tempo de duração de um processo de Mediação é bem reduzido comparado ao tempo de duração de um processo judicial, que cuide de caso semelhante.

Em muitos tribunais no Brasil, hoje, são oferecidos serviços gratuitos de Mediação de Conflitos, em que parte pode acessar mesmo sem estar acompanhada de um advogado, independente de sua condição financeira¹⁹⁷.

Se houver necessidade de acompanhamento jurídico, é dever ético do Mediador sinalizar a ausência de informação técnica e a importância de que as decisões sejam tomadas diante de um entendimento completo sobre a situação (princípio da decisão informada).

Existem muitas dúvidas quanto ao papel do advogado na Mediação¹⁹⁸, ainda mais porque, apesar do aumento das discussões sobre métodos de resolução de conflitos diversos, nas faculdades de direito o tema não é muito abordado.

Contudo, vale ressaltar, desde já, que o papel do advogado é e sempre será fundamental em todo e qualquer procedimento em que existem bens e/ou objetos juridicamente tutelados, para garantir que nenhum acordo ou decisão elaborados pelas partes não seja passível de cumprimento ou seja ilegal, por exemplo.

Com as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil e as futuras legislações sobre Mediação, é possível que sejam feitas adaptações na cobrança e honorários pelos advogados.

Nesse sentido, é interessante pensar que essas modificações valorizem as características da Mediação e recompensem aqueles profissionais que buscam a melhor forma de atingir os interesses de seus clientes, inclusive informando sobre as diferentes formas de resolução de conflitos.

¹⁹⁷ Os CEJUSC's, centros vinculados ao Poder Judiciário, oferecem o serviço gratuitamente.

¹⁹⁸ A Escola Nacional de Mediação nesse sentido, elaborou, com a ajuda de advogados que já atuam nessa área, um Manual de Mediação de Conflitos para Advogados – Escritos por Advogados¹⁹⁸. A partir da página 82 do Manual são discriminadas algumas informações importantes: qual a função do advogado perante o procedimento de Mediação e perante o seu cliente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à ordem jurídica justa, como visto, não é um objetivo simples de ser alcançado, pois possui muitos obstáculos a serem transpostos, inclusive de natureza imaterial.

Contudo, isso não deve parecer uma impossibilidade, a justiça é uma virtude perseguida desde o início da civilização ocidental e, ainda, detém um papel fundamental na sociedade contemporânea.

A Mediação, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil, mas já praticada em muitos locais dentro do país, traz um novo olhar para essa virtude e para o conflito social relacionado a ela.

Esse conflito que, muitas vezes, é encaminhado diretamente para o Poder Judiciário em forma de processo, está escalado, as partes estão desgastadas e não conseguem se comunicar.

Nas relações de família essa falta de comunicação para a resolução do conflito é mais danosa do que em outras relações, visto que seus membros estão ligados por inúmeros aspectos, além do jurídico.

Assim, existem características específicas das relações continuadas de família que devem ser observadas para o tratamento do conflito entre seus membros. Contudo, apesar de pequenas diferenças, os conflitos de família são tratados da mesma forma juridicamente, que outros com relações mais pontuais.

O uso da Mediação, então, faz-se interessante nesse meio familiar em que muitos são os laços entre os seus membros e também muitas podem ser as consequências negativas com a não resolução adequada do conflito, inclusive o desrespeito aos princípios constitucionais.

Para evitar essa situação, e buscando melhorar a comunicação entre os participantes, a Mediação traz o conhecimento de diversas áreas para um local em que as partes em conflito podem aprender a dialogar, não estão sujeitas a prazos punitivos ou obrigadas ao processo.

Esse “novo” instituto trabalha com uma grande marca, que é a adequação, pois deseja oferecer tratamento adequado aos conflitos que se enquadram em seus princípios e características.

Dessa maneira, deve-se ter muito cuidado ao afirmar que a Mediação a pretensão de diminuir o número de processos no judiciário, visto que só uma pequena parcela dos 100 milhões de processos no Brasil são “casos de Mediação”

propriamente ditos.

Esse será, provavelmente, um dos maiores desafios dos próximos anos, assegurar que a Mediação seja preservada e utilizada nos casos adequados para ela e não seja transformada em um meio pelo qual o judiciário brasileiro diminuirá quantitativamente o número de processos em curso.

Para que isso não ocorra é fundamental que os Mediadores sejam bem capacitados e sua independência seja respeitada, inclusive no sentido de se negar a atender um caso que não preenche as características do instituto.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tania. Apostila de Slides do Curso Básico de Mediação em Conflitos 2015.1 do Mediare.
- CABRAL, Marcelo Malizia. Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 1988.
- CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COSER, Lewis. *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1956.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ed. Rev. , atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999 .
- GRINOVER, Ada Pellegrini, SADEK, Maria Teresa, WATANABE, Kazuo (CEBEPEJ) GABBAY, Daniela Monteiro, CUNHA, Luciana Gross (FGV Direito SP) Coolab: NETO, Adolfo Braga ... [et. al.] Estudo qualitativo sobre boas práticas de mediação no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretária de Reforma do Judiciário, 2014.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ed. Rev. Atual. Ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de Direito de Família – São Paulo: Saraiva, 2013.
- MOORE, Christopher W. The mediation process – practical strategies for resolving conflict. San Francisco: Jossey-Bass., 1996.
- MUSZKAT, Malvina Ester. Guia Prático de Mediação de Conflitos. 2ª Ed. Rev. São Paulo: Summus, 2008.
- PELUZO, Min. Antônio Cezar e rixa, Morgana de Almeida (Coords.) Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PLATÃO. A República Parte 1: Ed. Escala. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 4.

ROCHA, José de Albuquerque. Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Boa Ventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. Coimbra: Oficina do CES. nº 65. 1995.

SUARES, Marinés. Mediando em sistemas familiares. 1ª Edição. Buenos Aires: Paidós, 2002.

SIMMEL, Georg. Conflict and The web of groups affiliations. :Free Press, 1955

TESLER, Pauline H. Collaborative law; achieving effective resolution in divorce without litigation. 2nd ed. USA: ABA, 2008.

YARN, Douglas H.. Dictionary of Conflict Resolution. São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1999.

REFERÊNCIAS DIGITAIS

ANTUNES, Fábio Luiz. Ética e Justiça em Aristóteles. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9628&revista_caderno=15. Acesso em 15.03.2015

Atlas de Acesso à Justiça, Indicadores Nacionais de Acesso à Justiça, 2014. Disponível em http://www.acessoajustica.gov.br/pub/downloads/caderno_inaj_2014.pdf. Acesso em 15.03.2015

AZEVEDO, André Gomma (org.). 2013. Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4e_d.pdf Acesso em 02.02.2015.

BRAGA, Adolfo, FÜRST, Olivia, ALMEIDA, Tania. Práticas Colaborativas no Direito de Família. Prática Premiada com o Prêmio Inovare Edição X, Rio de Janeiro – São Paulo. 2013. Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/praticas-colaborativas-no-direito-de-familia/>. Acesso em 25.02.2015

Cartilha de Mediação da OAB/RJ. Disponível em http://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/-Comissao/cartilha_mediacao.pdf. Acesso em 21.02.2015.

Cláusula Escalonada. Disponível em <http://www.abcarbitragem.com.br/Site/interna.asp?p=7> . Acesso em 14.05.2015

Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Volume 3. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro/>

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, Fundação Getúlio Vargas, v.9, n.18, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164> Acesso em 15.03.2015

MINGATI, Vinícius Secafen. RICCI, Milena Mara da Silva. Conceito de Acesso à Justiça: A efetividade do processo como garantia de acesso à uma ordem jurídica justa. Disponível em <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/1.pdf>. Acesso em 24.05.2015.

MOURA, Tatiana. Whately de, CUSTÓDIO, Rosier Batista. SILVA, Fábio de Sá e. CASTRO, André Luis Machado de. Mapa na Defensoria Pública no Brasil. 1ª ed, Brasília: ANADEP, 2013. Disponível em http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_bras_il_19_03_paginas_separadas.pdf. Acesso em 15.03.2015

NETO, Joaquim Domingos Almeida. A prática da Mediação em contexto Judiciário: Busca de Meios Adequados de Resolução de Disputas. Versão de 11 de agosto de 2011. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077863/a-pratica-da-mediacao-em-contexto-judiciario.pdf>. Acesso em 25.05.2015.

Novo Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 15.05.2015

Número de advogados no Brasil. <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em 03.05.2015

Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional. Brasília. Agosto, 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/36-197-1-PB.pdf>. Acesso em 15.03.2015

População Brasileira. <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em 03.05.2015

Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1946-ive-republique.5109.html> Acesso em 15.03.2015

Princípios e Garantias da Mediação e Conciliação Judiciais. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/mediacao-e-conciliacao/o-que-e-mediacao-e-conciliacao>. Acesso em 16.05.2015.

Resolução nº 125/10 do CNJ. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 15.05.2015

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família Brasileiro. Disponível em: https://www.google.com.br/urlsa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fartigos%2FTartuce_princfam.doc&ei=hygHVe66HYixggTa-YP4Dg&usq=AFQjCNHUJGIl6NBOst3waScxEuZjtkyAIQ&sig2=BnB-nZozlhFbsXOvj1sqlg&bvm=bv.88198703,d.eXY Acesso em 27.05.2015

Tribunal Multiportas – Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

Anexo 1 – Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946¹⁹⁹

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après :

La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.

Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.

Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.

Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.

La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation

199 Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1946-ive-republique.5109.html> Acesso em 15.03.2015

économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.

La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.

La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.

Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.

La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.

L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.

Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus.

Anexo 2 – REsp 1185337

RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.337 - RS (2010/0048151-3)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : C P W
ADVOGADO : KARIN WOLF E OUTRO(S)
RECORRIDO : S M
ADVOGADOS : SUZI DALPASQUALE E OUTRO(S)
MARCIA LUCIA CAMARA GROSS E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA XDIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADEHUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo.
2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.
3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova incontestada de dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda –, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial.
4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas.
5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e nesta parte negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.337 - RS (2010/0048151-3)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : S M
ADVOGADOS : SUZI DALPASQUALE E OUTRO(S)
MARCIA LUCIA CAMARA GROSS E OUTRO(S)
RECORRENTE : C P W
ADVOGADO : KARIN WOLF E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se, na origem, de ação de reconhecimento e dissolução de união concubinária com pedido de partilha de bens e alimentos e/ou indenização por serviços prestados ajuizada por S. M. em desfavor de C. P. W e julgada parcialmente procedente, condenando-se o réu a pagar alimentos no valor equivalente a 2,5 (dois e meio) salários mínimos mensais (fls. 300/309).

Ambas as partes apelaram, e a Corte estadual desproveu o recurso do réu e deu parcial provimento ao da autora em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE CONCUBINATO IMPURO. PARTILHA DE BENS. AUSÊNCIA DE PROVA DE CONTRIBUIÇÃO PARA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. ALIMENTOS.DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA CONCUBINA DEMONSTRADA. INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE.

Mesmo na relação de concubinato (art. 1727 CC), faz jus à alimentos a mulher que, por mais de quarenta anos, foi sustentada pelo homem, tendo abdicado de sua profissão em razão do relacionamento.

No concubinato ocorrem os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato, sendo imprescindível, para que haja partilha, a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio .

Em uma relação afetiva não há como se vislumbrar um caráter econômico, mensurando-se monetariamente os cuidados e dedicação que um destina ao outro, equiparando-os a 'serviços prestados'. Não se trata de 'serviços', mas de troca de afeto, amor, dedicação, companheirismo.

RECURSO DO RÉU IMPROVIDO. UNÂNIME.

RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA" (e-STJ, fl. 381).

Os embargos declaratórios opostos por C. P. W. foram rejeitados (e-STJ, fls. 415/421).

Ambas as partes interpuseram recurso especial (fls. 429/439 e 475/510).

Ao recurso de S. M. o Ministro Massami Uyeda negou seguimento por decisão monocrática (fls. 608/609); na sequência, a Terceira Turma negou provimento ao agravo regimental por ela apresentado (acórdão de fls. 628/631).

Remanesceu o recurso especial de C. P. W. (fls. 475/510), no qual o recorrente sustenta as seguintes teses:

- a) violação do art. 535, I e II, do CPC visto que o TJRS não emitiu nenhum pronunciamento sobre a alegada inexistência de amparo para a condenação à prestação de alimentos à parte recorrida, tendo em vista o reconhecimento de caracterização apenas de concubinato impuro, e não de união estável;
- b) afronta aos arts. 1.694, *caput* e § 1º, 1.695 e 1.727 do Código Civil, pois não se pode atribuir consequências idênticas ao concubinato impuro e à união estável;
- c) dissídio jurisprudencial.

As contrarrazões foram apresentadas (e-STJ, fls. 532/538).

Inadmitido o recurso na origem (e-STJ, fls. 551/560), ascenderam os autos por força de provimento do agravo de instrumento n. 1.185.337 pelo Ministro Massami Uyeda (e-STJ, fl. 634).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.337 - RS (2010/0048151-3)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA XDIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA

EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo.
2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.
3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova incontestada da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda –, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial.
4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas.
5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

I - Violação do art. 535 do CPC

Afasto a alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, porquanto a Corte de origem examinou e decidiu, de modo claro e objetivo, as questões que delimitaram a controvérsia, não se verificando nenhum vício – omissão, obscuridade ou contradição – que possa nulificar o acórdão recorrido.

A respeito do deferimento de alimentos em prol de S. M., o TJRS entendeu que, embora tenha sido reconhecida a existência de concubinato, o caso apresentava particularidades, a saber, ter a união perdurado por cerca de quarenta anos e ter sido demonstrado que havia relação de dependência econômica entre as partes, notadamente porque a mulher teria abdicado de sua carreira profissional para dedicar-se exclusivamente ao recorrente. Transcrevo, por oportuno, excerto do julgado:

"Nesse contexto, a prova produzida nos autos ampara a versão da autora, no sentido de que as partes mantiveram um relacionamento paralelo ao casamento do réu por cerca de 40 anos.

Quanto à dependência financeira, **o próprio demandado admitiu que a sustentava**. Suely abandonou sua atividade profissional em julho de 1961 (fl.

55), passando a viver às expensas de Cláudio, que inclusive assinou sua CTPS [...], apenas para fins previdenciários.

[...]

Destarte, cai por terra a alegação de inexistência da dependência econômica da autora, não podendo ela, aos 73 anos de idade, ficar totalmente desamparada. Se o réu optou por sustentá-la, desde quando ainda era jovem, bonita e saudável, muito mais o deve agora, quando surgem os problemas de saúde em decorrência da idade avançada, sendo impossível o ingresso no mercado de trabalho (e-STJ, fls. 386/387).

Esclareça-se que o fato de o julgamento não ter correspondido à expectativa da parte não constitui hipótese de cabimento dos aclaratórios, tampouco caracteriza vício no julgado.

Por fim, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, mesmo no casos em que a parte interpõe recurso com o objetivo de prequestionamento, é preciso que o aresto impugnado contenha em si alguma das imperfeições elencadas no art. 535 do CPC.

II - Afronta ao art. 1.727 do CC

Com relação ao disposto no art. 1.727 do Código Civil, não há como admitir o recurso, porquanto o recorrente limitou-se a apontar afronta ao referido dispositivo legal sem, contudo, demonstrar, de forma inequívoca e fundamentada, como ocorrera a alegada ofensa no acórdão recorrido.

Dessa forma, em prejuízo da compreensão da controvérsia, não foi demonstrada, com clareza e precisão, a necessidade de reforma do acórdão recorrido. Aplicável, assim, a Súmula n. 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

III - Contrariedade aos arts. 1.694 e 1.695 do CC

No que concerne à alegada contrariedade aos arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil, o recorrente argumenta que ela decorreria do fato de ter sido reconhecida a existência de concubinato entre as partes, já desfeito; contudo, o acórdão recorrido impôs a obrigação de prestar alimentos.

Aduz que os referidos dispositivos só fazem menção ao direito alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, nada dispondo sobre eventual dever de prestar alimentos a concubinas.

Antes de passar à análise das proposições, entendo oportuno registrar que foram assentadas algumas premissas fáticas nas instâncias ordinárias, que tornam o caso peculiar, a saber: a) o relacionamento amoroso entre as partes perdurou por mais de quarenta anos; b) havia relação de dependência econômica entre as partes, uma vez que a recorrida abandonou sua carreira para dedicar-se exclusivamente ao recorrente; c) ele, por sua vez, prestou alimentos espontaneamente, por mais de quatro décadas; d) a recorrida, agora, já é idosa (septuagenária), tem problemas de saúde em decorrência da idade avançada, sendo impossível seu ingresso no mercado de trabalho.

Ora, não obstante as alegações do recorrente, a questão alimentar não está restrita a dois dispositivos isolados do Código Civil; há várias outras referências ao tema, por exemplo, no capítulo que trata da responsabilidade civil (art. 948, II) e no que dispõe sobre os atos unilaterais/gestão de negócios (art. 871).

Está claro que o direito alimentar é muito mais amplo do que supõe o recorrente, exigindo cautela por parte do julgador, que deve encontrar o ponto exato de equilíbrio seja para fixar, seja para afastar o dever de alimentar ou o de prover o sustento de determinada pessoa.

A leitura do acórdão recorrido evidencia que o julgador não se apegou a formalismos exagerados nem se esqueceu dos princípios basilares do Direito. A propósito, como salienta Ronald Dworkin, "o Direito tem uma função na comunidade a que pertence" e, segundo a visão positivista, complementa: "[...] seria prover a certeza e regulação, a fim de que a vida coletiva possa ser mais eficiente, de modo que as pessoas possam planejar suas vidas sabendo quais regras a polícia ou o Estado vai obrigá-las a cumprir".

É certo que muitos autores, inclusive o próprio Dworkin, vêm questionando a visão positivista, pura e simples, do Direito. Ele já se manifestou no sentido de que o Direito, além daquela finalidade, deveria "procurar ajudar a preservar aquilo que deveríamos chamar de integridade da regência, do governo, da comunidade, de modo que a comunidade fosse regida por princípios, e não apenas por regras que pudessem ser incoerentes com os princípios" (*apud* NETO, Menelick de Carvalho. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito: de Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan./jun.1997).

A regra contida nos dispositivos do Código Civil acima referidos não apresenta nenhuma incoerência entre ela e qualquer princípio basilar do Direito; ao contrário, foi estabelecida com o escopo de dar máxima efetividade ao princípio da preservação da família.

Todavia, a leitura do acórdão recorrido evidencia que o presente feito apresenta peculiaridades que tornam o caso excepcionalíssimo. Não se trata, aqui, de aplicação da letra pura e simples da lei, pois essas singularidades demonstram a incidência simultânea de mais de um princípio no caso concreto, o da preservação da família e os da dignidade e da solidariedade humanas, que devem ser avaliados para se verificar qual deve reger o caso concreto.

Indago: que dano ou prejuízo uma relação extraconjugal desfeita depois de mais de quarenta anos pode acarretar à família do recorrente?

Que família, a esta altura, tem-se a preservar?

Por outro lado, se o recorrente, espontaneamente, proveu o sustento da recorrida, durante esse longo período de relacionamento amoroso, por que, agora, quando ela já é septuagenária, deve ficar desamparada e dessassistida?

Ora, o acórdão recorrido destacou a situação excepcional do caso, suas especificidades e peculiaridades, tendo concluído, com base na análise do acervo probatório (documental e testemunhal), que as partes mantiveram um relacionamento de longa duração (quarenta anos); que ficou comprovada a dependência financeira da recorrida em relação ao recorrente, tendo ele próprio admitido que a sustentava; que a recorrida abandonou sua atividade

profissional em meados do ano de 1961, passando a viver às expensas do recorrente; que não é razoável que a recorrida, septuagenária, fique desamparada, mormente se o recorrente optou por sustentá-la quando ainda era jovem e saudável (fls. 386/387).

A resposta às indagações feitas surge claramente dos autos. Ficou evidenciada, com o decurso do tempo, a inexistência de risco à desestruturação da família do recorrente, bem como a possibilidade de exposição de pessoa já idosa a desamparo financeiro, tendo em vista que foi o próprio recorrente quem proveu o sustento, o que vale dizer, foi ele quem deu ensejo a essa situação e não pode, agora, beneficiar-se dos próprios atos. É evidente que, no caso específico, há uma convergência de princípios, de modo que é preciso conciliá-los para aplicar aqueles adequados a embasar a decisão, a saber, os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, pelas razões já exaustivamente expostas.

Em reforço a esse entendimento, relembro que se há de fazer uma distinção entre regras e princípios, que, segundo Dworkin, é de natureza lógica. As regras são normas concretas de aplicação específica e os princípios são diretivas jurídicas genéricas que sempre necessitam de interpretação. Ambos, no entanto, são mandatos que expressam o caráter de obrigação. As regras são aplicáveis à maneira do "tudo ou nada", ao passo que os princípios, mesmo aqueles que "mais se assemelham às regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas" (*Levando os sireitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40).

No caso das regras, constatada a existência de duas regras em conflito, é certo que uma delas não pode ser válida. Por sua vez, verificada a possibilidade de incidência de mais de um princípio no caso concreto e considerando que eles não se confundem com fins e objetivos, descabe ponderar acerca dos bens que eles representam, até porque ambos subsistirão hígidos no sistema. Os princípios não podem ser estabelecidos ou derogados de acordo com a vontade do intérprete. Daí o critério da adequação – e não o da ponderação – para se verificar o princípio aplicável ao caso.

IV - Dissídio jurisprudencial

Como exaustivamente registrado, no acórdão proferido pela Corte de origem (fls. 381/400), entendeu-se que, apesar do reconhecimento de que o relacionamento havido entre as partes era o que se chama de "concubinato impuro", dadas as especificidades do caso concreto – época em que teve início o relacionamento entre as partes (1961); a respectiva duração (quarenta anos); reconhecimento da dependência econômica da recorrida; o fato de o recorrente, espontaneamente, ter provido o sustento da parte adversa –, a alimentanda fazia jus à percepção dealimentos após o término da relação concubinária.

No recurso especial, entretanto, o recorrente, a título de divergência pretoriana, colaciona julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, embora trate dos reflexos do reconhecimento de concubinato impuro de longa duração, o que assemelharia as circunstâncias de um e de outro caso, nada dispôs sobre eventual dependência econômica entre as partes ou sobre o reconhecimento de que uma delas, ao longo dos quase quarenta anos de relacionamento, entendeu por bem, espontaneamente, prover o sustento da outra.

Aliás, o recorrente não conseguiu demonstrar, por meio do cotejo analítico, a similitude fático-jurídica, até porque o presente caso apresenta particularidades que dificilmente se repetiriam em outro feito.

Nesse contexto, não há semelhança entre as bases fáticas dos acórdãos confrontados, razão pela qual não são aptos para demonstrar o dissídio jurisprudencial.

V - Conclusão

Ante o exposto, **conheço em parte do recurso especial para negar-lhe provimento.**

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0048151-3

**REsp 1.185.337/
RS**

**PROCESSO
ELETRÔNICO**

Números Origem: 10702396331 200901578386 70026301937
70028135531

PAUTA: 17/03/2015

JULGADO: 17/03/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : C P W

ADVOGADO : KARIN WOLF E OUTRO(S)

RECORRIDO : S M

ADVOGADOS : SUZI DALPASQUALE E OUTRO(S)

MARCIA LUCIA CAMARA GROSS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - União Estável ou Concubinato - Reconhecimento/Dissolução

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e nesta parte negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento: 1392075

Inteiro Teor do Acórdão

- DJe: 31/03/2015

Anexo 3 – REsp 1428596

RECURSO ESPECIAL Nº 1.428.596 - RS (2013/0376172-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : J C G
ADVOGADO : FERNANDA ELISA DANNER E OUTRO(S)
RECORRIDO : C G
ADVOGADOS : LINO AMBROSIO TROES E OUTRO(S)
ÂNGELA BASEGGIO TROES E OUTRO(S)
TIAGO BASEGGIO TROES E OUTRO(S)

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DOMENOR. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de junho de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.428.596 - RS (2013/0376172-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : J C G
ADVOGADO : FERNANDA ELISA DANNER E OUTRO(S)
RECORRIDO : C G
ADVOGADOS : LINO AMBROSIO TROES E OUTRO(S)
ÂNGELA BASEGGIO TROES E OUTRO(S)
TIAGO BASEGGIO TROES E OUTRO(S)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por J C G, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJRS.

Ação: de divórcio litigioso c/c pedido de guarda compartilhada e alimentos, ajuizada pela recorrente em desfavor de C G.

Decisão: indeferiu o pedido de guarda compartilhada, estabeleceu as visitas em um dia por semana para o pai, e fixou os alimentos provisionais em dois salários mínimos.

Acórdão: o TJRS apreciando o duplo agravo de instrumento interpostos por ambas as partes, deu-lhes parcial provimento em acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGIME DE VISITAS. ALIMENTOS PROVISÓRIO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO. FILHO MENOR. BINÔMIO POSSIBILIDADE-NECESSIDADE. READEQUAÇÃO DO QUANTUM. DESCUMPRIMENTO DO ART. 526 DO CPC. PROVA INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. Embora seja obrigatório o atendimento da regra do art. 526 do CPC, o descumprimento, para impedir o exame do recurso, deve ser não apenas arguido, mas devidamente comprovado pela parte recorrida. 2. A regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, mas sem afetar as rotinas de vida do infante. 3. Deve ser resguardado sempre o melhor interesse do menor, que está acima da conveniência dos genitores. 4. A obrigação de prover o sustento da prole comum é de ambos os genitores, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 5. Mostra-se adequado estabelecer pequeno aumento no valor dos alimentos provisórios quando se percebe que o filho necessita de maior amparo paterno e a prova coligida evidencia que o genitor tem condições de atender tal demanda pois é empresário. Inteligência do art. 1.699 do CCB e Conclusão n do CETJRGS. 6. A fixação dos alimentos deve observar o binômio possibilidade e necessidade, isto é, atender as necessidades do filho, mas dentro das possibilidades do alimentante. 7. Tratando-se de uma fixação ainda

provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, desde eu venham aos autos elementos de convicção que justifiquem a revisão. Recursos providos em parte.

Embargos de Declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação do artigo 1.584, § 2º do CC-02, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que a previa vedação da apreciação do pedido de guarda compartilhada, ante o reconhecimento de ausência de consenso entre os genitores sobre sua implementação, fere seu direito de participar em igualdade de condições da vida de seu filho e, o do menor, de ter a máxima relação possível com ambos os genitores.

Aponta ainda, divergência jurisprudencial entre o acórdão do Tribunal de origem e julgado do STJ.

Às fls. 344/346/317, parecer do Ministério Público Federal, de lavra do Subprocurador-Geral da República, João Pedro de Sabóia Bandeira de Mello Filho, pelo não provimento do recurso.

À fl. 348, decisão unipessoal desta Relatoria determinando a reautuação do agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade do recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.428.596 - RS (2013/0376172-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : J C G

ADVOGADO : FERNANDA ELISA DANNER E OUTRO(S)

RECORRIDO : C G

**ADVOGADOS : LINO AMBROSIO TROES E OUTRO(S)
ÂNGELA BASEGGIO TROES E OUTRO(S)
TIAGO BASEGGIO TROES E OUTRO(S)**

VOTO

Cinge-se a controvérsia em dizer se é possível se rejeitar, de plano, pedido de guarda compartilhada, apenas sob o fundamento de que não há consenso entre os genitores quanto a sua implementação.

1. Lineamentos Gerais.

01. Importa inicialmente declinar, para a melhor visualização do embate sob exame, que o menor, filho das partes, tem hoje quase 06 (seis) anos de idade e residem, todos, na cidade de Bento Gonçalves-RS.

02. Atualmente, o pai tem o direito de apanhar o filho aos finais de semana, alternadamente, desde sexta feira, às 17 h no colégio, devolvendo à residência materna no domingo às 20h e, uma vez por semana – às quartas-feiras –, buscar a criança às 17h no colégio e deixá-la no mesmo local, às quintas-feiras, às 13h, alternando-se os genitores no cuidado do filho nos feriados, natal, final de ano, páscoa e aniversário da criança.

03. A vedação do TJRS, ao pleito de fixação da guarda compartilhada e de seus termos, foi assim decidida:

Início examinando a questão das visitas a adianto que não assiste razão ao recorrente com relação ao pleito da guarda compartilhada.

Lembro que para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.

No caso em tela, onde há litígio entre os genitores não se mostra possível o deferimento da guarda compartilhada. (fl. 114, e-STJ)

2. Da possibilidade da guarda compartilhada na ausência de consenso entre os genitores.

04. Esse debate não é inédito nesta Turma, mas volta à tela ante a ausência de pacificação da matéria no âmbito do STJ, tendo em vista a não manifestação da Quarta Turma sobre a matéria.

05. Frisa-se, aqui, que a insurgência, tal qual declinada no recurso especial e apreciada pelo Tribunal de origem, tangencia o óbice da Súmula 7/STJ, pois não se trata de dizer se existem condições para a implementação da guarda compartilhada na hipótese, e sim, discutir a vedação à apreciação da existênciadessas condições, tão somente por ausência de consenso entre as partes quanto à sua implementação.

06. Nessa senda, para evitar desnecessária tautologia, reproduzo o excerto correspondente do acórdão já construído por esta Turma, quando do julgamento do REsp 1.251.000/MG, de minha Relatoria, DJe 31/08/2011.

A guarda compartilhada – instituto introduzido na legislação brasileira apenas em 2008 –, pela sua novidade e pela complexidade que traz em sua aplicação, tem gerado inúmeras indagações, sendo a necessidade de consenso uma das mais instigantes, opondo doutrinadores que versam de maneira diversa sobre o tema e também a jurisprudência, ainda não pacificada quanto à matéria.

Como já tenho afirmado em outros julgamentos, os direitos assegurados aos pais em relação aos seus filhos são na verdade outorgas legais que têm por objetivo a proteção à criança e ao adolescente e são limitados, em sua extensão, ao melhor interesse do menor.

Corroborando o raciocínio a afirmação de Tânia da Silva Pereira e Natália Soares Franco no sentido de que:

A vulnerabilidade dos filhos deve ser atendida no intuito de protegê-los. Afastada a ideia de um direito potestativo, o poder familiar representa, antes de tudo, um conjunto de responsabilidades, sem afastar os direitos pertinentes. Assim é que, atender o melhor interesse dos filhos está muito além dos ditames legais quanto ao estrito exercício do poder familiar. (Delgado, Mário e Coltro, Matia – Coordenadores. **Guarda Compartilhada**, Rio de Janeiro: Forense, 2009, *in*: O Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Guarda Compartilhada - Pereira, Tânia da Silva e Franco, Natália Soares, pag. 357).

Foi na busca dessa plena proteção do melhor interesse dos filhos que se positivou, no Direito nacional, a guarda compartilhada, pois esta reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual, em que cada vez mais ficam apenas na lembrança as rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

Sob a égide dessa antiga estratificação social, cunhou-se a tese de que o melhor interesse da criança, no mais das vezes, traduzia-se pelo deferimento da guarda à mãe, no caso de separação.

Com base nessa presunção, já no ano de 1839, o Parlamento Britânico aprovou o chamado *Custody of Infants Act*, que oficializava a tese de que seria melhor para as

crianças, com idade inferior a 07 anos, ficarem com a mãe, no caso de separação dos pais.

3.1. Da guarda compartilhada como o ideal de relacionamento parental, pós-separação.

Ultrapassando essa visão estanque das relações de parentalidade, o art. 1.583, § 1º, *in fine*, do CC-02 definiu a guarda compartilhada como sendo “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”.

Com essa definição, deu-se ênfase ao exercício do Poder Familiar de forma conjunta, mesmo após o fim do casamento ou da união estável, porque, embora cediço que a separação ou divórcio não fragilizavam, legalmente, o exercício do Poder Familiar, na prática, a guarda unilateral se incumbia dessa tarefa. A errônea consciência coletiva que confundia guarda com o Poder Familiar, atribuindo a quem detinha a guarda o exercício uno do Poder Familiar, teve como consequência mais visível o fenômeno denominado *Sunday dads* – pais de domingo.

Nessa circunstância, o genitor que não detém a guarda – usualmente o pai – tende a não exercer os demais atributos do Poder Familiar, distanciando-se de sua prole e privando-a de importante referencial para a sua formação.

Com a custódia física concentrada nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro com a prole, apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, quando muito, limita-se a um exercício de fiscalização frouxo e, de regra, inócuo.

Os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo (a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio – visita – demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda.

A guarda compartilhada, apesar de tecnicamente não se traduzir em uma sensível alteração legal, dado que a interpretação sistemática das disposições relativas à guarda dos filhos já possibilitaria a sua aplicação, teve a virtude, para além de fixar o Poder Familiar de forma conjunta como regra, extirpar o ranço cultural que ainda informava a criação dos filhos no pós-casamento ou pós-união estável.

A partir do momento em que essa visão social se alterou para comportar, e também exigir, uma participação paterna mais ativa na criação dos filhos, geraram-se condições para que a nova disposição legal, mais consentânea com a realidade social de igualdade entre os gêneros, reavivasse o que está preconizado quanto a inalterabilidade das relações entre pais e filhos, após a separação, divórcio ou dissolução da união estável, prevista no art. 1.632 do CC-02.

Vem dessa linha de ideias a nova métrica para as relações de parentalidade pós-casamentos ou uniões estáveis: o Poder Familiar, também nessas circunstâncias, deve ser exercido, nos limites de sua possibilidade, por ambos os genitores.

Infere-se dessa premissa a primazia da guarda compartilhada sobre a unilateral.

Nesse sentido a afirmação de Belmiro Pedro Welter:

(...) com a adoção da principiologia constitucional, a regra é de que se presume, *juris tantum*, a guarda compartilhada, em vista da necessidade da convivência e do compartilhamento do filho com o pai e a mãe. É dizer, como a regra é a guarda compartilhada, a guarda unilateral passa a ser a exceção (...) (op. cit. p.64).

Conclui-se, assim, que a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

3.2 – Da necessidade de consenso para a atribuição da guarda compartilhada.

Contudo, a fixação do ideal não solve a questão, mormente quando a implementação do comando legal pressupõe ações proativas dos atores envolvidos, principalmente dos pais, ou ainda, quando se discute algum pré-requisito necessário à consecução da nova forma de pensar ou agir.

A inflexão em um determinado comportamento exige cautela, tanto por se estar abandonando padrões já testados, que embora tenham vícios, são conhecidos, como também por exigir fórmulas inéditas, não avalizadas pelo tempo, nem tampouco aferidas quanto à sua eficácia.

O consenso, como pré-requisito para a implementação da guarda compartilhada, é um dos elementos que se encontram em zona gris, pois o desejável é que ambos os genitores se empenhem na consecução dessa nova forma de se ver as relações entre pais e filhos, pós-separação.

Esse esforço é muito importante para o sucesso da guarda compartilhada, pois necessitam, os ex-cônjuges, tratarem desde as linhas mestras da educação e cuidado dos filhos comuns até pequenos problemas do cotidiano da prole.

Contudo, a separação ou o divórcio usualmente coincidem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, fatores que, por óbvio, conspiram para apagar qualquer rastro de consensualidade entre o casal.

Com base nessa, aparente, incongruência, muitos autores e mesmo algumas decisões judiciais alçam o consenso à condição de pressuposto *sine qua non* para a guarda compartilhada.

No entanto, esse posicionamento merece avaliação ponderada.

Não se pode perder de foco o melhor interesse do menor – princípio que norteia as relações envolvendo os filhos –, nem tampouco a sua aplicação à tese de que a guarda compartilhada deve ser a regra.

Sob esse prisma, é questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada, porquanto se ignora toda a estruturação teórica, prática e legal que apontam para a adoção da guarda compartilhada como regra.

A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses.

Na verdade, exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor.

Para a litigiosidade entre os pais, é preciso se buscar soluções. Novas soluções – porque novo o problema –, desde que não inviabilizem o instituto da guarda

compartilhada, nem deem a um dos genitores – normalmente à mãe, *in casu*, ao pai – poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor.

Waldir Gisard Filho sustenta tese similar, ao afirmar que:

Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele 'nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente. (Gisard Filho, Waldir. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pag. 205).

Como dito anteriormente, o influxo em uma linha de pensamento importa na adoção de novo paradigma e esse, na hipótese sob discussão, é desvelado quando se conjuga um projeto interdisciplinar de construção dos novos papéis parentais com os comandos legais aplicáveis à espécie.

Com a ação interdisciplinar, prevista no art. 1.584, § 3º, do CC-02, não se busca extirpar as diferenças existentes entre o antigo casal, mas sim, evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada.

Busca-se, por essa ação interdisciplinar primeiro, fecundar o diálogo produtivo entre os pais; segundo, evidenciar as vantagens, para os filhos, da guarda compartilhada, terceiro: construir as linhas mestras para o exercício do Poder Familiar de forma conjunta ou, quiçá, estabelecer-se, de pronto, as regras básicas dessa nova convivência.

Por certo, esse procedimento preliminar demandará intenso trabalho de todos os envolvidos para evitar a frustração do intento perseguido, cabendo ao Estado-Juiz agir na função de verdadeiro mediador familiar, interdisciplinar, como propõe Giselle Câmara Groeninga:

É preciso alertar que as mudanças – defendidas com a guarda compartilhada – correm o risco de, muitas vezes, ter o destino em serem 'mudanças para não mudar'. A guarda compartilhada deve ser acompanhada de modificações no tratamento que o sistema dispensa aos jurisdicionados, e na possibilidade de elaboração das separações com o planejamento da rotina futura da família transformada. Como apontado acima, a mediação familiar interdisciplinar pode ser via privilegiada para o estabelecimento da comunicação. Esta é uma combinação que tem dado resultado em diversos países. E previsto está o recurso aos profissionais técnicos e equipe interdisciplinar. (op. cit. *in*: **A efetividade do poder familiar**, p. 163)

No entanto, mesmo diante de todo esse trabalho, não se pode descartar a possibilidade de frustração na implementação da guarda compartilhada, de forma harmoniosa, pela intransigência de um ou de ambos os pais.

Porém, ainda assim, ela deverá ser o procedimento primariamente perseguido, mesmo que demande a imposição estatal no seu estabelecimento, como se lê no § 2º do referido artigo de lei: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

Calha citar aqui a reflexão de Rolf Madaleno, que embora defenda a inviabilidade da guarda compartilhada em caso de “inconciliáveis desavenças entre os pais”, mitiga sua afirmação argumentando que:

Talvez tenhamos que começar a olhar com mais atenção para os países de sangue frio, nos quais a guarda compartilhada é imposta independentemente da resistência ou contrariedade da concordância do outro genitor, no comum das vezes representado pela mãe, que vê no pai inimigo e coloca toda sorte de obstáculos para o estabelecimento de uma custódia repartida da prole. **A continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o saudável desenvolvimento psicoemocional da criança, constituindo-se a guarda responsável em um direito fundamental dos filhos menores e incapazes, que não pode ficar ao livre, insano e injustificado arbítrio de pais disfuncionais.** A súbita e indesejada perda do convívio com os filhos não pode depender exclusivamente da decisão ou do conforto psicológico do genitor guardião, deslembrado-se que qualquer modalidade de guarda tem como escopo o interesse dos filhos e não o conforto ou a satisfação de um dos pais que fica com este poderoso poder de veto.

Talvez seja o momento de se recolher os bons exemplos de uma guarda compartilhada compulsória, para que se comece a vencer obstáculos e resistências abusivas, muito próprias de alguma preconceituosa pobreza mental e moral, e ao impor judicialmente a custódia compartilhada, talvez a prática jurídica sirva para que pais terminem com suas desavenças afetivas, usando os filhos como instrumento de suas desinteligências, ou que compensem de outra forma suas pobreza emocionais, podendo ser adotadas medidas judiciais de controle prático do exercício efetivo da custódia compartilhada judicialmente imposta, como por exemplo, a determinação de periódicos estudos sociais, sob pena do descumprimento implicar a reversão da guarda que então se transmuda em unilateral. (Madaleno, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.435) (sem destaques no original)

Além da reiteração do que foi anteriormente declinado, extrai-se do excerto o vislumbre de que a guarda compartilhada não é uma decisão estanque, mas um processo que perdura, enquanto perdurar a incapacidade dos filhos.

Nessa linha de pensamento, o § 4º do art. 1.584 do CC-02 autoriza o julgador a fazer, no curso da guarda compartilhada, alterações nas prerrogativas inicialmente atribuídas aos pais para preservar, em primeiro lugar, o melhor interesse do menor e, como efeito secundário, sancionar o genitor que imotivadamente altere ou descumpra uma das cláusulas da guarda compartilhada.

Em extensão desse raciocínio, se houver substancial descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada por parte de um dos ex-cônjuges, poderá igualmente haver tão drástica redução das prerrogativas deste genitor, que se chegue ao estabelecimento de uma guarda unilateral exercida por aquele que não deu causa à inviabilização da guarda compartilhada.

Interpretação supletiva, na linha limítrofe da extensão possível dos arts. 1.583 e 1.584 do CC-02, também aponta para a fixação inicial da guarda unilateral, quando frustrada, irremediavelmente, toda e qualquer tentativa de estabelecimento da guarda compartilhada por intolerância de um dos genitores, favorecendo-se, por óbvio, ao outro genitor.

Porém, frisa-se uma vez mais: essas situações extremas não serão a regra, pois deverá ser dada prevalência à guarda compartilhada.

07. Nota-se, a partir da reprodução do posicionamento já firmado por esta Turma, que a vedação do Tribunal de origem quanto à apreciação das condições para a implementação da guarda compartilhada, tão somente por inexistir consenso, ofende o comando estatuído no art. 1584, § 2º, do CC-02.

08. Na hipótese, não há elementos que infirmem, de *per se*, a impossibilidade da incidência da guarda compartilhada, mas ao revés, vê-se, que os genitores moram em cidade do interior do Estado do Rio Grande do Sul – Bento Gonçalves – fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina do menor, que continuará frequentando, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores.

09. O menor é um menino com 06 – seis – anos de idade e o pai, busca estreitar o contato com ele em período sabidamente sensível na formação da personalidade da criança. Difícil, nessas condições, entender-se e justificar-se a vedação ao pleito, tão somente por negativa materna, mormente quando inúmeras vezes se julga e se reprime a incúria, o abandono e mesmo o mal trato perpetrado por tantos pais.

10. Como dito anteriormente, é hora de se começar o influxo nessa postura menos comprometida com os interesses do menor e mas ligada à comodidade de todos os envolvidos, menos a criança – principal agredido pela guarda singular – e o genitor que quer estar mais tempo ao lado de seu filho, contribuir, ajudar e acompanhar o crescimento de sua prole.

11. Albergar, de outra banda, os interesses manifestamente egoístas do ascendente que exige a guarda singular da prole, é negar o direito do menor.

12. Se há, e na espécie não se apontou nenhuma, nódoa no comportamento do outro ascendente, essa questão deve ser brandida no curso do regular processo de guarda, dando-se as partes o direito de provar a existência de empeco insuperável à guarda compartilhada, decorrente de condições sociais, geográficas, ou pessoais de um dos genitores, nunca se afastar a guarda compartilhada por falta de consenso.

13. Não há, norma ou regramento, estudos sociopsicológicos ou experiência reiterada, que infirme de plano a competência de ambos os genitores para dividirem o cuidado e criação de seus filhos, antes pelo contrário, tudo aponta, para o proveito dessa medida para o maior interessado, a criança, sendo a manutenção da guarda singular, mera ação de inércia social com a qual não pode compactuar o Estado.

14. Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para, reformando o acórdão, considerar possível a implementação da guarda compartilhada, mesmo na ausência de consenso entre os pais, para determinar nova manifestação do Tribunal de origem, porque superado o pré-requisito fixado, de necessário consenso dos genitores, razão pela qual deverá ser produzida exaustiva avaliação técnica e estudos psicossociais necessários para determinar a possibilidade, fórmulas e procedimentos necessários à guarda compartilhada do menor.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.428.596 - RS (2013/0376172-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : J C G

ADVOGADO : FERNANDA ELISA DANNER E OUTRO(S)

RECORRIDO : C G
 ADVOGADOS : LINO AMBROSIO TROES E OUTRO(S)
 ÂNGELA BASEGGIO TROES E OUTRO(S)
 TIAGO BASEGGIO TROES E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

Sr. Presidente, acompanho integralmente o voto da ministra Nancy Andrichi e dou provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 20130376172-9

**PROCESSO
 ELETRÔNICO**

**REsp 1.428.596 /
 RS**

Números Origem: 11200021556 2978322520128217000 4534315420128217000
 4537891920128217000 5278747320128217000 55724320128210005
 70049912405 70051468379 70051471951 70052212750 70053235370
 70053894564

PAUTA: 27/05/2014

JULGADO: 03/06/2014

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. SADY D'ASSUMPÇÃO TORRES FILHO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J C G

ADVOGADO : FERNANDA ELISA DANNER E OUTRO(S)

RECORRIDO : C G

ADVOGADOS : LINO AMBROSIO TROES E OUTRO(S)

ÂNGELA BASEGGIO TROES E OUTRO(S)
TIAGO BASEGGIO TROES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento - Dissolução

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJSP.

Acção: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJSP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5.º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e

sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculhado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil *in*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos

de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar.* (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo.** 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: **“(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”**.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofre –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexa causal

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexos causal.

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem. Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável apuro, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexos.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais. Mantidos os ônus sucumbenciais.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VOGAL**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Srs. Ministros, neste caso, pela leitura do voto da Sra. Ministra Relatora, muito bem feito, o pai foi, de certa maneira, forçado a reconhecer a paternidade, porque uma pessoa nasceu fora da programação da vida dele. Ele é próspero, abastado, mas, judicialmente, foi condenado a pagar alimentos na faixa de dois salários mínimos até a maioridade dessa moça.

E aí, não sei quando entrou esta ação, porque, no meio do voto, S. Exa. diz assim: agora a autora é uma pessoa já com formação, encaminhada na vida, casada, tem filhos e lamenta o abandono material no sentido de um conforto psicológico, de uma assistência, um acompanhamento que todo pai deveria ter.

O Juízo de Primeiro Grau, analisando as provas, concluiu que o pedido era improcedente. O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença e fixou uma indenização no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Sucedede que, com todo o respeito, Sra. Ministra Nancy Andrighi, a defesa dele se centra na alegação de que, se os progenitores não dão essa assistência material, o que pode surgir daí é uma perda do pátrio poder; isso é uma consequência. V. Exa. diz: não só a perda do pátrio poder, mas há o complexo dos direitos inerentes à honra, à estima, e que isso caracterizaria o dano moral.

Então, esse dano moral também poderia, independentemente da perda do pátrio poder, incidir. E faz todo o elenco das obrigações dos progenitores, seja ele de nascimento corriqueiro, vamos dizer, natural, ou seja por adoção, ou mesmo por uma imposição judicial. A paternidade exige uma responsabilidade. A paternidade, a maternidade, o pátrio poder, que é o pátrio dever.

Sucedede o seguinte: como V. Exa. também bem relatou e bem expôs no voto, o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar. Isso pode "cheirar" – aqui me parece – a uma pessoa que lamenta a infância perdida, a juventude perdida. Parece aquela música do Taiguara: a juventude perdida, a infância perdida. Então, essa moça, hoje, adulta, lamenta que foi abandonada à própria sorte, cujo pai nem sequer queria reconhecê-la e foi obrigado a reconhecê-la.

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos

meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.

O que pode acontecer nesse nível de família? Quando a situação se torna de tal maneira insustentável, separação de fato, separação judicial, divórcio. E alguém dizer que, além disso, quer o dano moral porque não foi tratado condignamente como esposa, como marido, ou, então, neste caso, como filha.

E esse pai... Sabemos que a formação das pessoas, e V. Exa. cita, aqui, estudos de psicologia muito bem calcados, os estudos são, eminentemente, programáticos no sentido de que o ideal da convivência das pessoas é que todos tivéssemos uma vida em família harmoniosa, com o pai e a mãe expedindo esse amor, esse carinho, mas manifestação de amor e carinho é meio complexo. Não posso exigir que os meus padrões psicológicos se coloquem na normalidade.

O voto de V. Exa. é pioneiro, Sra. Ministra Nancy Andrichi, mas também atento para a seguinte circunstância: se abirmos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, sefor assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer. Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão.

Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ESCLARECIMENTOS (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

V. Exa. ressaltou exatamente a complexidade...

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (1)**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

A lei nossa, no sentido patrimonial, diz que a origem...

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (2)**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Não, mas, Sra. Ministra Nancy Andrighi, a lei, para efeito de divisão patrimonial, agora, diz assim: qualquer que seja a origem no nascimento todo mundo é igual: filho espúrio, filho daquele, filho daquele.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (3)**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Mas a grande dificuldade é a seguinte: ele não reconhecia a paternidade.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (4)**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Mas sabemos que existem personalidades notórias, de reconhecimento, que bateram de pés juntos, recusando, e, se for dizer assim, que a expressão fisionômica é a mesma, era a estampa do pai.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (5)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

E há quem diga também, que isso, de ter filho fora do casamento, é uma prática cultural corriqueira na nossa cultura.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VOGAL (CONTINUAÇÃO 1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Mas, com todo o respeito, já estou externando as razões da minha divergência. Não estou nem estribado em matéria de provas. As provas o Juiz de Primeiro Grau já analisou e disse que não havia. O Segundo Grau é que reformou. Então, entre análise de prova, o Primeiro Grau e o Segundo Grau cada um fez à sua maneira. Não estou escolhendo se há prova ou se não há prova.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA

ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (6)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Estou dizendo a tese. Se abrimos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. Este Tribunal irá cuidar de mágoas.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (7)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Não, lamentavelmente, o estágio, e agora partindo...

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (8)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Lamentavelmente, no estágio atual da evolução do ser humano do ponto de vista de evolução espiritual, estamos muito longe ainda, no grande preceito do nosso maior de todos os Mestres, o Nazareno: "Amai-vos uns aos outros como vos amei".

Até agora estamos assistindo a isso. Hoje, vimos, aqui, um processo que não era nem para ter começado. Tudo por quê? Não, quero isso, quero aquilo.

Neste caso aqui, mostra exatamente um fosso muito grande. É uma situação de inteiro desamor. Nasce uma criança que deveria ser fruto do amor, e só foi fruto do amor físico, passageiro, efêmero e não daquele amor que gera vidas e encaminha.

Mas já estou extrapolando. Esse campo entra nisso. Entra nisso, porque há esses estudos psicológicos. Eles não estão dizendo. Eles estão dizendo o "dever ser". O "dever ser" impõe a obrigação de uma paternidade, de uma maternidade responsável. Mas o que é, então, perda do pátrio poder, há o crime de abandono material (art. 344 do Código Penal).

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (9)**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Mas foi o Juízo que fixou dois salários mínimos. O Juiz que fixou.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (10)**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Quer dizer, houve uma fixação.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

APARTE (11)**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Na verdade, aqui penso que faltou, na base, alguma...

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VOGAL**EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:**

Inauguro a divergência, com todo o respeito, dando provimento ao recurso especial.

Ministro MASSAMI UYEDA

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2009/0193701-9

**PROCESSO
ELETRÔNICO****REsp 1.159.242 /
SP**

Números Origem: 268700

26872000

3613894200

PAUTA: 07/06/2011

JULGADO: 07/06/2011

RelatoraExma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MASSAMI UYEDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)

RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA

ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, negando provimento ao recurso especial e do voto divergente do Sr. Ministro Massami Uyeda, dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Aguarda o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- Meu voto manifesta-se em termos intermediários entre o voto da E. Relatora, Min^a NANCY ANDRIGHI, que nega provimento ao Recurso Especial, mantendo a condenação, e o do E. Min. MASSAMI UYEDA, que dá provimento ao Recurso e julga improcedente a ação.

2.- No preciso resumo da sentença, a Autora, ora Recorrida, moveu ação, visando à indenização por danos morais, contra o requerido, ora Recorrente, alegando, ela, “que, sendo filha do requerido, cuja paternidade só ocorreu na esfera judicial, sempre tentou contato com o mesmo e nas datas mais importantes de sua vida o requerido não lhe demonstrou o menor afeto ou mesmo deu qualquer importância”, e que, “ademais, transferiu bens para outros filhos em detrimento de sua legítima, fato que está sendo discutido em outros autos” (e-STJ fl. 341), pedindo, a autora, na inicial, fosse o requerido “condenado ao pagamento de quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) salários mínimos a título de indenização material e moral, em virtude do abandono total em relação à autora desde o seu nascimento” (e-STJ fl. 23).

A sentença (e-STJ fl. 341/343) julgou improcedente a ação, salientando que questões patrimoniais estão *sub judice* em outro processo e atribuindo os problemas de relacionamento à atuação especialmente agressiva da genitora da Autora, aludindo a incidentes de agressividade da parte desta, inclusive agressão ao Requerido, ora Recorrente, no Fórum,

O Acórdão da 7^a Câmara B de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (Rel^a Des^a DAISE FAJARDO JACOT, com os votos dos Des. EDMUNDO LELLIS FILHO, Revisor, e ANTONIO MARCELO CUNZOLO RIMOLA, 3^o Juiz – e-STJ fl. 429/435, rejeitados Embargos de Declaração, e-STJ fl. 449/453), por unanimidade, deu provimento em parte à Apelação, julgando procedente a ação e condenando o requerido, ora Recorrente, ao pagamento de indenização de R\$ 415.000,00, corrigida a partir da data do julgamento (26.11.2008 – e-STJ fl. 429).

3.- O dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado. A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta.

É que, reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos

direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei.

Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos.

Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora (CF, arts. 1º, III, 5º, V e X, e CC/2001, arts. 186 e 927, e ECA, art. 227), não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1638, II, c.c. art. 1634, II), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor(abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).

Igualmente nesse sentido a lembrança jurisprudencial, constante do Acórdão ora recorrido:

a) com a conclusão de procedência da ação, por abandono afetivo:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. Apelação com revisão 5119034700”, TJSP, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, j. 12.8.2008); Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana” (TJMG, Proc. 2.0000.00.408550-500, Rel. Des. UNIAS SILVA, j. 1.4.2004);

b) com admissão da indenizabilidade do dano moral, mas improcedência da ação por falta de provas:

Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Ausência de prova de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da afetividade. Improcedência dos pedidos. Não se nega que a dor sofrida por um filho, em virtude do abandono paterno, quando este o priva do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Não restando demonstrado nos autos que a autora tenha sido abandonada por seu pai, sem ao menos este tentar uma aproximação ou um contato familiar, é de se julgar improcedentes os pedidos de danos morais” (TJMG, Rel.Des. UNIAS SILVA,

Apel. 10479.06.112320-0/001, j. 18.3.2008); “Responsabilidade civil. Abandono moral. Alegação de descumprimento pelo pai dos deveres legalmente impostos (arts. 129 da CF, 1634 do CC/2002 e 22 do ECA). Autora que não demonstrou ter sofrido qualquer dissabor que ensejasse reparação civil, além dos aborrecimentos normalmente admitidos em casos de desenlace matrimonial. Sentença de improcedência mantida por descumprimento do art. 333, I, do CPC. Nãooprovimento” (TJSP, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, Apel. 4675314400, j. 17.6.2008); “Indenização por dano moral. Abandono afetivo. Descumprimento de deveres dos pais. Ausência de prova do fato alegado na inicial. Ação improcedente. Recurso improvido” (TJSP, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, j. 27.5.2008).

4.- A responsabilidade pelo dano moral deve, contudo, ser proporcional à ação ou omissão do agente em sua provocação, determinando, essa proporcionalidade, o pagamento, por ele, de indenização proporcional, e reservando ao lesado a busca de indenização de outrem, na medida da proporcionalidade deste na causação do dano.

No caso, sem dúvida tem-se que, como reconheceu a sentença, analisando o fato da agressividade da genitora da autora, com atos concretos de agressão física ao requerido, inclusive no Fórum, tornou, em grande parte, impossível a tentativa de melhor relacionamento do requerido com a autora.

Essa circunstância da ação negativa da genitora relativamente ao possível relacionamento da filha com o genitor foi, em verdade, reconhecida pelo próprio Acórdão, conquanto por redação oblíqua, afastando, contudo, qualquer repercussão desse fato na atribuição da responsabilidade exclusivamente ao genitor requerido. Diz o Acórdão: “Malgrado a motivação que levou o Magistrado sentenciante a rejeitar o pedido da autora, culpando reiteradamente a mãe por todos os males padecidos pela filha em decorrência do descaso do pai, o certo é que a questão dos autos envolve tão-somente a autora e o réu, ou seja, a filha e o pai./Não há como conceber a escusa do pai para o exercício efetivo da paternidade em relação à filha, a pretexto de que foi sempre impedido de fazê-lo em relação ao alegado comportamento agressivo da mãe dela ou ainda a pretexto de que duvidava da paternidade até o reconhecimento judicial, acrescentando que pagou a pensão alimentícia mensal fixada judicialmente e depois elevada para dois (2) salários mínimos até a maioridade” (s-STJ fl. 431).

Deve-se, pois, proporcionalizar a indenização pelo abandono afetivo da filha autora à ação e omissão efetiva do genitor autor, descontando-se a parcela de responsabilidade da genitora, evidente nos fatos reconhecidos pela sentença e pelo Acórdão – e em que pese à compreensão humana para com a situação da genitora, que, segundo os autos, teve, por oito anos, relacionamento pré-conjugal com o requerido, ora Recorrente, que veio a deixá-la grávida pouco antes do nascimento da filha autora, a qual só veio a ter a paternidade reconhecida por sentença judicial após longa resistência do genitor em duradouro processo.

Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir (e-STJ fls. 6 e seguintes), ou seja: **1º)** Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros

filhos; **2º)** Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; **3º)** Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; **4º)** Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; **5º)** Pagamento de pensão somente por via judicial; **6º)** Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

5.- A orientação desta Corte é, em princípio, não rever a fixação de valores por dano moral realizada pelos Tribunais de origem, mas ressaltando-se a possibilidade de nova fixação, fundada na equidade, caso o valor arbitrado seja considerado irrisório ou exorbitante.

No caso, ponderados os itens de resultado efetivo de padecimento moral, constantes da petição inicial, que baliza a causa de pedir e, conseqüentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida.

Alguns itens destacados pela petição inicial são exclusivamente de maior responsabilidade, senão de responsabilidade exclusiva, do genitor, sem que neles possa ser atribuída responsabilidade à genitora – até porque constituem matéria objeto de decisão judicial desfavorável ao genitor, ora Recorrente: **(1º)** Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; **5º)** Pagamento de pensão somente por via judicial; **6º)** Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

Outros itens são de responsabilidade compartilhada, ou, quiçá, talvez realmente obstada pela ação da genitora, pois não se poderia imaginar a dada de carinho, afeto, auxílio de presença pessoal, aconselhamento e semelhantes, diante de acirrada ação contrária ao genitor pela genitora, de modo que devem ser diminuídos valores componentes desses itens: **(2º)** Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; **3º)** Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; **4º)** Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras.

Ponderados todos esses elementos, e realçando-se que a fixação de valores a título de indenização moral não é jamais matemática, mas estimativa, à luz de condições interagentes entre si em cada caso concreto, o que impede que se comparem objetivamente, valores com o de outros casos concretos, deve-se dosar o valor dos danos morais, proporcionalmente à responsabilidade do genitor, ora Recorrente, em valor próximo à metade do valor fixado pelo Acórdão, ou seja, R\$ 200.000,00, à mesma data do julgamento do Tribunal de Origem (26.11.2008 – e-STJ fl. 429), corrigida monetariamente a partir dessa data, com as verbas da sucumbência mantidas, como fixadas (e-STJ fl. 435) à conta do ora requerido, visto que vencido na pretensão principal (indenizatória), não se considerando, na sucumbência, o ajuste ora realizado no valor a ser pago.

Ministro SIDNEI BENETI

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 20090193701-9

REsp 1159242 / SP**PROCESSO
ELETRÔNICO**

Números Origem: 268700

26872000

3613894200

PAUTA: 13/12/2011

JULGADO: 15/12/2011

RelatoraExma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MASSAMI UYEDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)

RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA

ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, negando em parte do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO
VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

Eminentes Colegas, pedi vista dos presentes autos na sessão de julgamento de 13 de dezembro de 2011 para melhor exame da controvérsia, tendo em vista a divergência até então verificada e, principalmente, considerando a especial atenção que deve ser dispensada à matéria em exame.

A eminente relatora proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso especial, para manter o acórdão recorrido, que condenou o recorrente a reparar os danos morais causados à filha por abandono afetivo.

O eminente Ministro Massami Uyeda, na mesma sessão, inaugurou a divergência, tendo votado por dar provimento ao recurso especial, para afastar a condenação.

Por sua vez, o eminente Ministro Sidnei Beneti, após pedido de vista, proferiu voto dando parcial provimento ao recurso especial, para reconhecer a responsabilidade civil do recorrente no caso em comento, porém reduzindo o montante da indenização fixado na origem.

Com a devida vênia, acompanho o voto do eminente Ministro Sidnei Beneti.

Inicialmente, ressalto que, a meu sentir, a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família deve ser analisada com cautela.

As relações travadas no seio da família, por afetarem a esfera íntima das pessoas, são especialmente carregadas de sentimentos.

De um lado, representam o aspecto mais espontâneo do humano e, de outro, tendem a causar, em aparente contradição, mais fortúnios e infortúnios do que em qualquer outra espécie de relação.

Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo.

Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis.

Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.

O presente caso situa-se dentro dessa excepcionalidade, merecendo ser reconhecida a ocorrência de ato ilícito causador de dano moral.

A questão central em discussão no presente recurso especial situa-se em torno do delicado tema do abandono afetivo.

A doutrina, tanto acerca do Direito de Família como da Responsabilidade Civil, é uníssona em afirmar que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais, que devem ser reparados.

Por oportuno, cito trecho da obra de **Arnaldo Rizzardo** (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 692-693):

Embora não caiba se falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular da convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento.

Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções.

Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade. (Grifou-se)

Ressalto, todavia, que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais.

De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal.

Felizmente, dispõe-se de uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor se aprouver, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e de criação.

O dever de cuidado, pois, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo.

Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpra totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais comezinhas obrigações para com seu filho.

Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos.

Cito, por oportuno, a lição do ilustre **Rui Stoco** (STOCO, RUI. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 946):

A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não só terrível, como irreversível. A mancha é indelével e o trauma irretirável.

O direito de proteção efetiva em circunstâncias tais tem fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, nosso ordenamento jurídico – e não só a Constituição Federal – é pleno de preceitos de proteção, afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos, seja no plano material, educacional, afetivo ou psíquico.

(...)

Mas tal reconhecimento não poderá dar ensejo a abusos e criação de verdadeira indústria de ações judiciais de filho, supostamente ofendidos, contra os pais.

*Cada caso deverá merecer devido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos da reparação se apresentarem estreme de dúvida e *ictu oculi*, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar. (Grifou-se)*

No caso em comento, julgo estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil do recorrente.

Conforme bem apontado no voto da eminente relatora, o recorrente omitiu-se em seu dever de cuidado para com sua filha, tendo: a) resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, ainda que ela fosse presumível; b) negado oferecer voluntariamente amparo material à filha; c) deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico, deixando-a à própria sorte; d) buscado alienar fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em evidente preterição da recorrida. Não há dúvidas de que houve, na hipótese em tela, o abandono afetivo, porquanto o recorrido de furtou total e flagrantemente ao seu dever de cuidado com relação à recorrida.

Todavia, e sem desconsiderar a gravidade do dano, entendo que o valor fixado pelo Tribunal de origem - de R\$ 415.000,00 - se mostra excessivamente alto, considerando as circunstâncias do caso em comento.

Com efeito, embora seja inafastável a culpa do recorrente, deve-se levar igualmente em consideração a conduta da mãe da recorrida, que dificultou sobremaneira o relacionamento entre pai e filha, conforme consignou o juiz, na sentença:

A prova produzida demonstra que não existiu e não existe convívio entre autora e réu, filha e pai e tal situação decorre do comportamento agressivo da genitora da autora em relação ao requerido.

Tal fato é relatado pelas testemunhas inquiridas na audiência de instrução, inclusive incidentes ocorridos no casamento do requerido, onde a genitora da autora se fez presente visando tumultuar a cerimônia. Esteve também na residência do requerido e em seu local de trabalho, promovendo escândalos, inclusive arremessando pedras contra a casa do mesmo.

Na data da audiência, nos corredores do Fórum, agrediu fisicamente o requerido e ameaçou as testemunhas que seriam inquiridas.

Tais fatos demonstram que a aproximação do requerido, à autora, sua filha, principalmente nas datas por ela mencionadas, como natal, formatura, aniversário, etc., era praticamente impossível, dado o comportamento irascível da genitora da autora.

Sendo assim, impõe-se apenas a redução do montante da indenização para R\$ 200.000,00, conforme sugerido pelo eminente Ministro Sidnei Beneti, valor que se mostra mais consentâneo com as circunstâncias do caso.

Ante o exposto, acompanhando o voto do eminente Ministro Sidnei Beneti, dou parcial provimento ao recurso especial apenas para reduzir o valor da indenização. É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RATIFICAÇÃO DE VOTO VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Srs. Ministros, eu, ainda, com todo o respeito, não consigo vislumbrar isso.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ESCLARECIMENTOS (1)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Com a divergência minha.

Ministro MASSAMI UYEDA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ESCLARECIMENTOS (2)

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Estou divergindo.

Ministro MASSAMI UYEDA

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2009/0193701-9

**PROCESSO
ELETRÔNICO**

**REsp 1.159.242 /
SP**

Números Origem: 268700

26872000

3613894200

PAUTA: 24/04/2012

JULGADO: 24/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS

ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Documento: 1067604 Inteiro Teor do Acórdão - DJe: 10/05/2012