



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ECJ

MARX CHI KONG SIU

EM BRIGA DE MARIDO E MULHER PORQUE NÃO METER A COLHER?: um
estudo sobre a heterocomposição na resolução de conflitos de família

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR EDUARDO DOMINGUES
RIO DE JANEIRO, 2015

MARX CHI KONG SIU

EM BRIGA DE MARIDO E MULHER PORQUE NÃO METER A COLHER?: um
estudo sobre a heterocomposição na resolução de conflitos de família

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Eduardo Domingues

RIO DE JANEIRO

2015

“Suportando-vos uns aos outros, e perdoando-vos uns aos outros, se alguém tiver queixa contra outro; assim como Cristo vos perdoou, assim fazei vós também. E, sobre tudo isto, revesti-vos de amor, que é o vínculo da perfeição. E a paz de Deus, para a qual também fostes chamados em um corpo, domine em vossos corações; e sede agradecidos.” Colossenses 3:13-15

Agradecimentos

À Deus em primeiro lugar.

Aos meus familiares que me incentivaram e me apoiaram para que eu chegasse a este momento, em especial, à minha mãe, que esteve sempre ali me dando todo o apoio para eu pudesse assistir as aulas; à minha filha Lorraine, que por muitas vezes ficou sem a atenção merecida, em detrimento do curso; aos meus anaparentais Cintya e Diego, pelo incentivo, pela colaboração, sem palavras para descrever tudo o que representaram para a consecução desse momento, uma verdadeira família por afinidade.

À minha sempre “chefe” Flávia Santos Dias Paes Leme, pessoa que abriu meus olhos para o Direito, responsável pelas minhas instituições preliminares, quem tornou uma aversão a uma paixão.

Um agradecimento especial ao meu amado Professor André Ricardo Cruz Fontes, por todas as valiosíssimas lições transmitidas, por manhãs maravilhosas de conhecimentos durante o curso, uma verdadeira fonte de inspiração, símbolo de retidão e arte real.

Aos professores da Escola de Ciências Jurídicas do CCJP/UNIRIO, agradeço por toda a atenção, em especial aos professores Daniel Queiroz e Patrícia Serra, abrindo meus olhos para o Direito Civil; aos professores Simone Schreiber e Thiago Bottino, por desmistificar o Direito Penal; aos professores Ricardo Sichel e Veronica Wander Bastos, pelas lições em Direito do Trabalho; aos professores José Gabriel e Roberto Trindade, que me deram uma visão diversa do Direito Empresarial que antes tinha sob a ótica da Contabilidade; e como não poderia deixar de ser, aos professores Rosângela Gomes e Eduardo Domingues, meu orientador, me recebeu de braços abertos, trilhou o meu caminho para investigar o tema, e se assim vejo o Direito de Família com tanto carinho, responsável é essa dupla, que da mesma forma ensinam com paixão.

E por fim, agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse ao fim desse curso e a advogada Roberta Reis Coelho, pelas diversas dicas e experiências trocadas para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo refletir sobre o instituto da heterocomposição na resolução dos conflitos de família. O conceito de família que prevalece atualmente nas relações familiares é o conceito eudemonista, que nada mais é que a família que busca a felicidade de seus membros. E dentro dessas relações familiares modernas, a hierarquia existente entre os familiares, decorrentes dos arranjos familiares tradicionais, passam a dar lugar para a família baseada em ética, princípios e valores. O trabalho explora alguns princípios norteadores do Direito de Família, como também, trata dos arranjos familiares contemporâneos e estuda as causas dos conflitos familiares. E percebe que, quando os conflitos entre membros da mesma entidade familiar se instalam, por vezes, essas pessoas não conseguem dela saírem sozinho, necessitando do auxílio de um terceiro para facilitar ou até resolver a questão, quando então, se apresenta o instituto da heterocomposição. E esse instituto se mostra positivo na harmonização da relação familiar conflituosa, a fim de dinamizar a solução da controvérsia e trazer a paz social que até então estavam estremecidas.

Palavras-chave: processo civil, família, heterocomposição, solução de conflitos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1: DA FAMÍLIA	8
1.1: Conceito de Família	8
1.2: Tipos de Família	9
1.2.1: Família Matrimonial	9
1.2.2: Família decorrente da União Estável	11
1.2.3: Família Monoparental	12
1.2.4: Família Anaparental	14
1.2.5: Família Reconstruída	16
1.2.6: Família Homoafetiva	17
1.3: Princípios que regem as Relações Familiares	19
1.3.1. Princípio da Dignidade Humana	20
1.3.2. Princípio do Melhor Interesse da Criança/Adolescente	21
1.3.3. Princípio da Monogamia	22
1.3.4. Princípio da Igualdade e o Respeito às Diferenças	24
1.3.5. Princípio da Autonomia e da Menor Intervenção Estatal	30
1.3.6. Princípio da Pluralidade de Formas de Família	32
1.3.7. Princípio da Afetividade	35
CAPÍTULO 2: A HETEROCOMPOSIÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	36
2.1: Métodos de resolução de conflitos	36
2.2: A heterocomposição e as suas especificidades	38
2.2.1: Jurisdição	39
2.2.1: Arbitragem	42
2.2.3: Mediação	44
2.2.4: Conciliação	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
BIBLIOGRAFIA	53

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo refletir sobre o instituto da heterocomposição na resolução dos conflitos de família.

Para estudar o tema relativo aos conflitos de família, primeiramente, buscou-se entender como são as famílias contemporâneas. Ao longo dos anos, as famílias estão se transformando, estão se desenvolvendo de maneiras diversas, hoje, a forma tradicional de família já não são mais únicas.

Assim, o primeiro capítulo será totalmente dedicado ao entendimento do que venha a ser família atualmente, seus diversos tipos de arranjos, conceitos e sobretudo, os princípios que regem essas relações.

O conceito de família que prevalece atualmente nas relações familiares é o conceito eudemonista, que nada mais é que a família que busca a felicidade de seus membros. E dentro dessas relações familiares modernas, a hierarquia existente entre os familiares, decorrentes dos arranjos familiares tradicionais, passam a dar lugar para a família baseada em ética, princípios e valores. O desrespeito a uma dessas vertentes relacionadas a ética, princípios e valores, está fadada a dar lugar às discórdias, divergências e conflitos. Portanto, o segundo capítulo terá como objetivo, apresentar as questões relativas a resolução de controvérsias e os seus métodos, por fim, abordando os benefícios da heterocomposição nesse tipo de problema.

Por fim, são tecidas algumas considerações acerca do estudo realizado, mas tem-se que o instituto da heterocomposição se mostra positivo na harmonização da relação familiar conflituosa, a fim de dinamizar a solução da controvérsia e trazer a paz social que até então estavam estremecidas.

CAPÍTULO 1: DA FAMÍLIA

As famílias quando se juntam regem suas relações através de normas, não se tratam de normas no sentido estrito da palavra, do tipo escrita ou solene, não é disso que se cuida, mas norma no sentido de que o pai cria uma regra para o filho, a esposa que cria uma regra para o marido, e assim, no afã de alcançar a paz no âmbito dessas relações afetivas.

1.1: Conceito de Família

Segundo o Ministro Luiz Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, no conceito constitucional de família, começam a dominar os princípios do afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, com mais acento, a concepção eudemonista da família, isso significa que, não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas, ao contrário disso, é a família e o casamento que existem para o indivíduo, ou seja, em busca do desenvolvimento pessoal do ser humano e a busca pela sua felicidade.

A professora Maria Berenice Dias¹ reforça o conceito de família eudemonista, como aquela que busca a felicidade do indivíduo, vivendo entre seus membros, um processo de emancipação, o eudemonismo nada mais seria do que busca da felicidade pelos membros da família, isso de fato, assimilado pela nova ordem constitucional (CRFB/88) altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

Em um outro trabalho, DIAS (2004) explica essa evolução da Constituição, pontua que havia necessidade de que as estruturas familiares albergassem todas as formas de convívio que as pessoas encontraram para alcançar a tão almejada

¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2007.

felicidade, deixado de lado a família estritamente matrimonial e de procriação, para uma nova realidade de família, em que o elemento identificador das várias formas de viver, está em sua origem, ou seja, no vínculo afetivo, que se encontra presente em todas as formas de convívio, motivo pelo qual, o Direito não poderia deixar de tutelá-lo, que tornou-se, senão, o elemento estruturante da família.

1.2: Tipos de Família

Para DIAS (2004), o atual conceito de família no Brasil se largou, afastou-se do modelo convencional da família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, para enlaçar uma multiplicidade de conformações familiares, como: a união estável, a família monoparental, a família anaparental, as famílias reconstruídas e a família formada por pessoas do mesmo sexo, entre outros.

1.2.1: Família Matrimonial

Como o próprio nome indica, a família matrimonial é aquela que decorre do matrimônio.

No Direito Romano, diz José Carlos Moreira Alves², que matrimônio é a relação jurídica que decorre do consentimento das partes, mas, ao contrário do que ocorre nos contratos, esse consentimento não é inicial, mas duradouro e contínuo, designa-se assim, a expressão *affectio*. E o segundo requisito do matrimônio é a sua manifestação exterior, chamado de *honor matrimonii*, que é o tratarem-se marido e mulher como tais, em sociedade. Concorrendo ambos os requisitos, surge o matrimônio, na falta de um deles, dissolve-se. Em termos de elementos objetivos e subjetivos, o primeiro elemento é a convivência, a vida em comum e o segundo é a vontade contínua de permanecerem casados, conceito tido como *affectio maritalis*.

² ALVES, José Carlos Moreira. A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 90, p. 3-47, 1995.

Apenas para pontuar, casamento e matrimônio são vocábulos com definições distintas. De acordo com CHAVES (1977), *matrimonium* provém de *matrem*, *mater* + *munis*, ou *monens*, ou nato, ou *monos*, ou *munus*, significando, respectivamente, “a proteção da mulher-mãe pelo marido-pai”, “aviso à mãe para não abandonar seu marido”, o ato que “faz a mulher mãe de um nascido”, união de dois formando uma só matéria, “ofício ou encargo de mãe”. O vocábulo *casamentum*, do latim medieval, referia-se a cabana, moradia, bem como ao dote de matrimônio, constituído por terreno e construção, oferecido tanto pelos reis e senhores feudais aos seus criados, quanto pelos mosteiros às filhas de seus fundadores e, ainda, pelo sedutor à vítima para reparar seu erro, embora sejam termos utilizados como indistintos, para o presente trabalho será relevante diferenciá-los.

Porque, segundo SANTOS e SANTOS (2009), a família no Brasil sofreu grande influência da Igreja, tendo no casamento religioso a base para formação da família legítima, sendo as regulamentações calcadas no Código de Direito Canônico. Dessa forma, todo o ato nupcial era regido pelos princípios deste direito, tendo como fulcro as disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do arcebispo da Bahia, apenas em 1890, ao surgir a República ocorre a dissociação dos poderes, político e religioso. Assim, em 24 de janeiro deste ano, através do Decreto nº 181 é instituído o casamento civil, como o único legalmente válido, nesse sentido, somente era admitida a família formada a partir do instituto do casamento, repisa-se, e não matrimonial, posto que, na união estável, por exemplo, também haveria matrimônio, mas não casamento.

Porém, a partir da Constituição Federal de 1988, o conceito de família é ampliado, conforme já dito anteriormente, sendo admitidas, além da família oriunda do casamento, as entidades familiares decorrentes, de união estável e outras.

1.2.2: Família decorrente da União Estável

Como dito, a entidade familiar pode ser formada por institutos além do casamento, como por exemplo união estável, que venha a ser, comunhão entre duas pessoas com a finalidade de formar uma família, sem que isso esteja formalizado através do casamento.

Então, o que precisaria ter para configurar uma união estável? Três elementos, quais sejam, *affectio maritalis*, *honor matrimonii* e não ter celebrado um casamento entre si.

Reforça essa idéia no ordenamento jurídico, uma decisão do Ministro Marco Aurélio Bellizze³, do Superior Tribunal de Justiça, na qual assentou-se que para que um relacionamento amoroso se caracterize como união estável, não basta ser duradouro e público, ainda que o casal venha, circunstancialmente, a habitar a mesma residência; é fundamental, para essa caracterização, que haja um elemento subjetivo: a vontade ou o compromisso pessoal e mútuo de constituir família.

“Cuida-se, na verdade, de clara manifestação de vontade das partes de, a partir do casamento, e não antes, constituir a sua própria família. [...] Na espécie, todavia, o relacionamento vivenciado pelas partes em momento anterior ao casamento não apresentou, em sua plenitude, tais características, notadamente a referente à conformação da *affectio maritalis*, a obstar, por conseguinte, a verificação de verdadeira união estável.”

³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.454.643, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, 10 de março de 2015.

Quanto a formalidade, RIZZARDO (2014) define que união estável é uma união sem maiores solenidades ou oficialização pelo Estado, não se submetendo a um compromisso ritual e nem se registrando em órgão próprio.

Além disso, para GONÇALVES (2015) a união estável envolve ainda “mútua assistência material, mora e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar”.

1.2.3: Família Monoparental

A partir do trabalho de SANTOS e SANTOS (2009), os autores dizem que o conceito de família monoparental encontra-se vinculado ao próprio sentido do vocábulo família e para que seja compreendido faz necessário o exame de seus sentidos jurídicos. Para o mundo jurídico existem três significações fundamentais para o vocábulo família: a amplíssima, a lata e a restrita.

Continuam, na acepção amplíssima este termo compreende todas as pessoas que estiverem ligadas pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, de modo que chega a incluir estranhos. Um exemplo deste fato encontra-se no artigo 1.412, § 2º, do Código Civil, quando trata do direito real de uso e dispõe que “as necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico”. Outro exemplo repousa na Lei n. 8.112/90, o Estatuto dos Servidores Públicos da União, no seu artigo 2413, onde a família do funcionário não só abrange o cônjuge e os filhos, mas também todas as pessoas que vivam às suas expensas e constem de seu assentamento individual.

Na significação lata, considera-se família os cônjuges e sua prole e também os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins. Desta forma é concebida a família pelo Código Civil, quando trata das relações de parentesco. (SANTOS e SANTOS, 2009)

Por fim, no sentido restrito, a família não só compreende o conjunto de pessoas unidas pelo vínculo do matrimônio e da filiação, em resumo, os cônjuges e os filhos, como preceitua o Código Civil nos artigos 1.567 e 1.716, pois também é considerada como família, pelo artigo 226, §4º da Constituição Federal, a monoparental ou unilinear.

A família monoparental foi reconhecida pela Carta magna como entidade familiar e de acordo com a mesma é conceituada como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Ou seja, mono como sendo um e parental os pais, monoparental significaria o convívio do filho com apenas um de seus pais.

Para Maria Helena Diniz⁴, a monoparentalidade pode decorrer de diversos fatores, entre eles, a viuvez, o falecimento de um dos genitores, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, entre outros fatores, que determinem tal situação jurídica.

A medida em que a Constituição Federal reconhece juridicamente a família monoparental, torna o Estado responsável também, pela proteção destas famílias, e conseqüentemente, pela busca de repostas para tais problemas. No caso do nosso país, a monoparentalidade ocorre em todas as classes sociais, já que problemas como a redução da renda e o difícil acesso ao mercado de trabalho atinge todas as camadas sociais. As famílias monoparentais e seus problemas são,

⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. vol. 5, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

concomitantemente, de responsabilidade privada e estatal. (SANTOS e SANTOS, 2009)

Mais adiante, ao tratar dos conflitos de família, os problemas decorrentes da monoparentalidade serão mais amplamente explorados, pois, evidente que causam conflitos que precisam ser solucionados e a tutela jurisdicional existe para isso.

1.2.4: Família Anaparental

O professor doutor Sérgio Resende de Barros⁵, integrante do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, diz que o afeto é que conjuga, apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição sine qua non para existir a família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente, começando por excluir do conceito de entidade familiar o parentalismo: a exigência de existir um dos pais. Assim pois, a convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental.

⁵ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 14, jul/set, 2002, p. 05-10.

Em suma, segundo DIAS (2015), foi Sérgio Resende de Barros que criou o termo anaparental, que decorre do prefixo “ana”, de origem grega, indicativo de “falta”, “privação”, ou seja, se caracteriza pela família sem a presença dos pais. Ela se constitui basicamente pela convivência entre parentes ou pessoas, em um mesmo lar, dentro de uma estruturação com identidade de propósito.

Nesse contexto, a família não estaria mais restrita ao conceito de família matrimonial, onde pai é pai e mãe é mãe, na família anaparental, por exemplo, o irmão pode vir assumir o papel de pai e a irmã o papel de mãe, desaparece o conceito de verticalidade nos vínculos parentais.

A verticalidade dos vínculos é um conceito da família matrimonial, monoparental e de união estável, na família anaparental há uma espécie de família pluriparental, ou seja, resulta da colateralidade de vínculos, então ela pode ser composta por vários irmãos, ou dos tios e sobrinhos, ou então duas primas, dentre tantas outras possibilidades. Assim, a estrutura formada por vários irmãos que foram abandonados pelos pais, que continuaram por muitos anos a viverem juntos, e tendo o primogênito assumido as responsabilidades da figura paterna para com os demais irmãos, dando amparo não só material, mas também emocional, de carinho, afeto, amor e cuidados, constitui um dos possíveis modelos de família anaparental. (DIAS, 2015)

Dito isto, qual é o problema que decorre do arranjo familiar anaparental? A resposta está no reconhecimento estatal. KUSANO (2010) diz que o Estado, similarmente ao que ocorre com a família composta pelos irmãos, não a vê como uma entidade familiar. Mas não há como negar que essa união, bem como a existente na família formada pelos irmãos, são sim, entidades familiares, afinal, todos os pressupostos para se configurar uma família em ambas se fazem presentes. Ademais, verifica-se nessa o elemento principal, que é o afeto e o carinho como bases de sua constituição. E a família, para assim ser entendida, não precisa possuir aquela estrutura clássica formada biologicamente por pai, mãe e filhos, hoje, as famílias não possuem mais um molde pré-definido; eles vivem com amigos,

primos, tios, enfim, vivem com aqueles que melhor lhe proporcionem os meios para alcançar a realização pessoal, vivendo uma vida digna, plena e feliz, o que, afinal, é o fim precípua da família, e, alcançado este, é ela também uma entidade familiar, merecedora da proteção especial do Estado. A diferença desse caso é que não havendo o reconhecimento do Estado, não há então a tutela jurisdicional, uma vez que, esse constitui-se de um Poder estatal. Então, como são solucionados os conflitos na família anaparental? Esse tema será melhor explorado no curso do trabalho.

1.2.5: Família Reconstruída

MARANGONI (2011) diz que nos dias atuais há a liberdade de não permanecer casado após cessados os sentimentos que mantinham o casal unido, tais como amor, respeito entre ambos, fidelidade. Com tal facilidade de dissolução do vínculo conjugal, os ex-conviventes tem a total liberdade de iniciarem uma nova família, que, por muitas vezes, vem acompanhada de filhos da primeira união. Da mesma forma, o divórcio gerou uma nova configuração familiar, implicando na presença simultânea do genitor com padrasto/madrasta. Dados estatísticos comprovam que cada vez mais filhos crescem em lares com o detentor da guarda da criança a um novo cônjuge (companheiro). Quando isso ocorre, surge a família chamada reconstituída, recomposta, reconstruída, etc. O novo arranjo familiar em tela passou a ser a realidade de muitas crianças/adolescentes.

De acordo com GRISARD FILHO (2002), entende-se por família reconstituída a estrutura familiar originada do casamento ou da união de fato de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de um casamento ou união anterior. Numa formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou uma madrasta. Isso, implica na fusão de duas famílias com características e modo de se relacionar distintos. É estabelecido um novo relacionamento, no qual circulam filhos de outro precedente.

Onde estão os pontos sensíveis desse tipo de família? Ao se separarem os genitores, formam-se famílias monoparentais com os filhos dessa primeira relação, sob regras e costumes dessa família que foi desfeita, ao passo que se reconstrói uma nova família, com padrasto, madrasta, novos irmãos e essas pessoas passam a conviver sob um regime familiar diferenciado, podem haver conflitos entre esses novos membros, a depender das relações familiares agora estabelecidas e o desenvolvimento da nova família.

1.2.6: Família Homoafetiva

Hoje no Brasil, após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, pelo Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão publicado no Diário de Justiça do dia 14 de outubro de 2011, não restam dúvidas de que a Constituição Federal reconhece a relação homoafetiva, como proíbe a discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles.

Nesse mesmo julgamento paradigmático, a Excelsa Corte do país definiu também parâmetros para as relações familiares homoafetivas, vale a pena transcrever a parte da ementa do acórdão, muito rico em conteúdo:

“[...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base

da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.”

Essa é a regra jurídica hoje vigente no Brasil acerca das famílias homoafetivas.

Amparado em FARIAS e ROSENVALD (2014), não se pode fechar os olhos para a exigência de entidades familiares homoafetivas, pessoas (eventualmente de um mesmo gênero sexual) que se unem ao redor de objetivos comuns, que dedicam amor recíproco e almejam a felicidade, como qualquer outro grupamento heteroafetivo, impondo-se tutelar, juridicamente, tais grupos familiares.

1.3: Princípios que regem as Relações Familiares

Segundo PEREIRA (2004), a noção de sujeito interessa particularmente ao Direito de Família porque é somente na família, ou através dela, que um humano pode tornar-se sujeito e humanizar-se. Não é possível existir sujeito sem que se tenha passado por uma família, e sem sujeito não há Direito, por isso a máxima, “família é a base da sociedade”, é a partir da compreensão de que a família é um núcleo estruturante do sujeito e o que interessa na vida é nos tornarmos sujeito, uma simples lógica nos conduzirá à conclusão de que não faz diferença para um ordenamento jurídico, pautado na ética, a maneira como a família se constitui. O importante é saber se ela é capaz de ser fundante e estruturante da pessoa para torná-la um sujeito, e nessa sua tese de doutorado sobre os princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família, ele elenca sete princípios, que diz ser inconcebível sem os quais, construir qualquer doutrina, texto normativo ou jurisprudência para o Direito de Família, que serão explorados a seguir: princípio da dignidade humana, princípio do melhor interesse da criança/adolescente, princípio da monogamia, princípio da igualdade e o respeito às diferenças, princípio da autonomia e da menor intervenção estatal, princípio da pluralidade de formas de família e princípio da afetividade.

1.3.1. Princípio da Dignidade Humana

LIMA (2013) diz que o reconhecimento da família com fundamento no princípio da dignidade humana, do qual se decorrem, no direito de família, os princípios da solidariedade, da cooperação, da isonomia e da afetividade se impôs no ordenamento jurídico como reflexo da evolução cultural e ética da sociedade.

Nesse contexto, a Juíza de Direito Mírian Lima explica que paulatinamente, com a alteração do foco de valoração no ente familiar, aumento da relevância das pessoas que compõem a família, com a busca de sua satisfação, e correlata diminuição da prevalência da defesa do patrimônio da família como fim último da instituição, a origem da família não constitui mais fator que garante ou exclui proteção jurídica ao ente familiar, isto pois, a família oriunda do casamento, hierarquicamente estabelecida entre os cônjuges, na qual cabia ao homem o papel de protagonista das relações familiares, sendo a mulher e os filhos meros coadjuvantes e subordinados ao poder do chefe da família não mais existe.

Assim, o princípio da dignidade humana que já estava inserido em vários diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988 como fundamento para proteção dos direitos humanos e não vinculado à ordem econômica, como figurava na Constituição da República de 1967, artigo 157 inciso II, é o fundamento das inovações constitucionais, que foram seguidas por inovações infraconstitucionais no direito de família. Então, a partir do princípio da dignidade humana, artigo 1º inciso III da Constituição da República, do qual decorrem os princípios da solidariedade, da afetividade, da cooperação, da isonomia entre os cônjuges e do melhor interesse dos filhos menores, é essencial para explicar as alterações normativas no direito de família. É a partir do princípio da dignidade humana que a família deixa de ser vista como uma unidade de produção, mas como a comunhão de pessoas unidas por um vínculo de afetividade, fundamentada no respeito a cada um de seus membros, sem a predominância de um sobre o outro, e na busca pela satisfação de seus interesses segundo sua autodeterminação ou na defesa do melhor interesse do filho menor, impingindo uma nova dinâmica nas relações familiares e na própria constituição das famílias. (LIMA, 2013)

Por fim, a magistrada acrescenta que em relação aos filhos, sempre animada pela ideia da dignidade humana, a Constituição de 1988 em seu artigo 227 § 6º estabeleceu a completa isonomia entre os filhos havidos no casamento, fora do casamento e por adoção e vedando qualquer designação discriminatória à filiação e essa isonomia é replicada no artigo 1596 do atual Código Civil. Assim, a defesa dos interesses e direitos da criança e adolescente, com status constitucional, artigo 227 caput e § 7º da Constituição da República, repercute no tratamento e na disciplina dos interesses dos filhos menores, que será explorado agora.

1.3.2. Princípio do Melhor Interesse da Criança/Adolescente

COLUCCI (2014) estudou o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e verificou que a real proteção aos menores no Brasil possui três fases marcantes, dentre elas, a primeira na fase imperial, com o Código Criminal de 1830, teve a criação do primeiro Juizado de Menores, no Rio de Janeiro, e a preocupação desse normativo era amparar as crianças abandonadas e os delinquentes, com vistas a retirar-los da sociedade, mediante correição e repressão. O segundo momento é marcado com o Código de Menores de 1979, mantendo a situação anterior, mas acrescentando-se ao Estado um papel paternalista de assistencialismo, no qual, na visão a autora, era utilizado como justificativa para os arbítrios cometidos com os menores. Assim, somente num terceiro momento, com a nova Constituição Federal de 1988 e confirmado com o Estatuto da Criança do Adolescente (ECA), é que surge a proteção integral da criança e do adolescente, passando a serem tratados não como objetos, mas como sujeitos de direitos, condizentes com sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, a formulação está baseada na doutrina estrangeira tendo como base o princípio chamado *the best interest of the child*.

Na resolução de conflitos, esse princípio traz que entre interesses em situações de ponderação, as crianças e adolescentes devem ser privilegiadas, tendo em vista sua vulnerabilidade.

Em direito de família, em vista dos estudos realizados até o momento, tem-se que o princípio é muito suscitado nas questões envolvendo adoção, muito em função da sobreposição dos direitos parentais sobre a criança em favor dos pais adotantes, posto que a circunstância biológica não se sobrepõe ao fator afetivo, porque, o que está em jogo, em última análise, é o melhor interesse da criança e do adolescente.

1.3.3. Princípio da Monogamia

Primeiramente, a legislação brasileira, instituiu o casamento monogâmico, por um longo tempo, como a única forma de entidade familiar, estabelecendo a fidelidade como dever conjugal.

Desta forma tornando a fidelidade mútua como um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial tradicional, que consiste no dever de cada consorte em não praticar relações sexuais com terceiros, não exigindo para a sua transgressão a continuidade de relações carnavais, bastando apenas que ocorra uma vez.

Com o reconhecimento do princípio da afetividade como um dos principais pilares norteadores do direito de família moderno, o sentido de fidelidade recíproca tornou-se mais amplo, envolvendo uma exclusiva e sincera entrega de um cônjuge em relação ao outro, no sentido material e espiritual, ou seja, sendo o real e mais amplo compartilhamento de vida.

Arnaldo Rizzardo em sua obra “Direito de Família”, explicita a referida ótica contemporânea do princípio da afetividade perfeitamente:

“O casamento comporta mútua entrega, de modo que haja uma comum vivência de lutas, esforços, interesses, colaboração e idealização da vida. Deve haver, com justa razão, uma evolução de sentido para conceber-se a fidelidade

não só na dimensão meramente física, mas em uma outra noção que abranja a pessoa do outro cônjuge”⁶

Assim sendo, para o referido autor, o dever de fidelidade assume caráter pedagógico, moral, e determinante, pois, como a família ocidental é monogâmica por tradição e por princípio, enunciando a lei o dever com a finalidade como princípio organizador das relações conjugais.

Tendo inclusive previsão legal no art. 1566, I, Código Civil acerca do dever de fidelidade entre os cônjuges:

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

I - fidelidade recíproca;”

O referido dever de fidelidade recíproca também se estende a união estável por meio da previsão do art. 1724, do Códex Civil.

Ademais, cumpre ressaltar que o adultério enseja razão para a separação litigiosa, bem como por muitos anos foi considerada conduta a ser criminalizada, só sendo expurgada do Código Penal no ano de 2005, com o advento da Lei nº 11.106.

Todavia, há importante discussão doutrinária acerca de se a monogamia persiste com um princípio norteador do direito de família contemporâneo ou se teria se tornado uma nota característica de nosso sistema jurídico.

Autores como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷ em sua obra defendem que tendo em vista a ótica da mínima intervenção estatal nas famílias, bem como o pilar da afetividade, não poderia o Estado impor coercitivamente a todos os casais a observância da fidelidade recíproca e, por consequência da monogamia.

⁶ Rizzardo, Arnaldo. Direito de família, 9ª edição, 2014, editora Gen, página 172

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA, Rodolfo Filho, Novo Curso de Direito Civil, 3ª edição, editora Saraiva, 2013.

Não se figura razoável que o Estado invada a esfera de intimidade, pois em relação a afetividade são seus protagonistas que devem estabelecer as regras de convivência.

Desde que a forma de viver de determinada família não viole a dignidade da pessoa humana, bem como interesse de terceiros, não cabe ao poder público ditar regras sobre se uma traição pode ser perdoada ou até mesmo aceita pelo outro cônjuge.

Inclusive se formos conflitar tal princípio com as relações poliafetivas, enxerga-se facilmente que a monogamia, vista como um princípio dotado de grande carga normativa, não condiz com a grande complexidade das relações familiares da atualidade.

Em suma, a monogamia embora seja consagrada como um valor juridicamente tutelado, não pode mais ser interpretada como um aspecto comportamental absoluto e inalterável pela vontade das partes, mas deve ser interpretada a luz das peculiaridades culturais da sociedade.

1.3.4. Princípio da Igualdade e o Respeito às Diferenças

O art. 5º, I, CRFB prevê:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

Sendo o referido dispositivo também está retratado de forma axiológica nos arts. 226, §5º e 227, ambos da Constituição Federal, também havendo previsão no Código Civil, notadamente art. 1.511⁸ e art. 1.565⁹.

Por óbvio tal princípio também é aplicado na união estável e com a aplicabilidade do mesmo se tem como marco do regime familiar o regime colaborativo e não mais o de subordinação de outrora, não se tendo assim mais como previsão a dominância dos chefes de família, notadamente homens, mas sim um regime de colaboração entre os consortes.

O princípio da igualdade também possui aplicabilidade no campo da filiação, pois se está estabelecido a igualdade entre filhos, não havendo mais qualquer discriminação entre os mesmos.

Não sendo mais legal a vetusta distinção entre “filiação legítima e ilegítima”, ressalte-se que antes se tinha a primazia da estabilidade do casamento, em que os filhos havidos no mesmo possuíam maior proteção de seus direitos do que os havidos em uma relação que não seja matrimonial.

Havendo uma série de evoluções jurisprudenciais e normativas no direito de família para efetivar o preceito fundamental da igualdade.

Sem a ambição de exaurir tema tão complexo, vale a pena exemplificar uma dessas evoluções normativas que é a guarda compartilhada também é proveniente do princípio da igualdade, pois se trata de uma guarda que prevê constante arranjo entre pai e mãe, sem que haja prevalência da vontade de um e de outro, exercendo ambos de forma simultânea os direitos e deveres inerentes do poder familiar.

Com a evolução social se tem o princípio da igualdade como corolário do respeito as diferenças.

Stolze e Pamplona Filho¹⁰ perfeitamente elucidaram em sua obra *“respeitar, pois, a dignidade humana, é aceitar a diferença”*.

⁸ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁹ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Para abordar a ótica da família sempre tem que ter em vista a primazia da dimensão existencial de cada integrante do núcleo familiar, ou seja, respeitando sua individualidade, seja desde as situações mais simplórias como o modo de se vestir ou falar, até as mais profundas do amago daquele indivíduo como sua opção sexual.

O Supremo Tribunal Federal na ADI 4277, que de forma histórica reconheceu a união homoafetiva como forma de família se baseou no corolário do respeito as diferenças como fundamento de sua decisão:

“1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA, Rodolfo Filho, Novo Curso de Direito Civil, volume 6, 3ª edição, 2013, editora Saraiva, página 84.

sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”.

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade.

Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. **A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA.** O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como

instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. **Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada** (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade

de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

5. *DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.* Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. **Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.**

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (grifos nossos)

O referido julgado de forma clara esclarece que a família não é uma entidade estanque que possa vir a ser controlada pelo Estado, mas na verdade é uma entidade que visa a felicidade plena de todos seus integrantes, respeitando assim a pluralidade de seus membros, bem como a pluralidade de suas formações.

1.3.5. Princípio da Autonomia e da Menor Intervenção Estatal

É indiscutível que as normas de direito de família possuem caráter publicístico, mas não é admissível que o Estado intervenha no ambiente familiar, da mesma forma que intervém nas demais relações jurídicas.

Sendo que os referidos princípios vão totalmente de encontro com a decisão da ADI 4277, cujo acórdão está acima colacionado, pois não é admissível que somente o Estado Legislador possa moldar e reconhecer os núcleos familiares.

Ou seja, não pode o Estado aniquilar a base socioafetiva dos núcleos familiares, determinando o que é família ou não.

Os indivíduos possuem autonomia para configurar seus núcleos familiares, da forma que melhor se coadune com sua afetividade e identidade, ora, o núcleo familiar vai muito além do grau de parentesco legalmente estabelecido, mas é uma relação construída por meio da afetividade, dos laços de amor existente entre os membros dessa família.

Para ser respeitada a referida autonomia de forma plena, é reconhecido que o Estado deva intervir de forma mínima nas relações familiares, isto é, o Estado deve ser um apoiador e dar assistência das famílias, como por exemplo nas previsões que tocam ao planejamento familiar, (art. 1565, §2º, CC)¹¹.

Inclusive a intervenção mínima está positivado no art. 1513, CC/02:

“Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Ressalte-se que o princípio da intervenção mínima não aniquila o poder do Estado de intervir no caso de risco de lesão ou ameaça de lesão a interesse jurídico de quaisquer dos integrantes da família, notadamente no que toca as normas protetivas da criança e do idoso, mas o que não se pode admitir é que o Estado intervenha de tal forma a tolher a afetividade que virá a ser formada pelos integrantes do núcleo familiar.

¹¹ “§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

1.3.6. Princípio da Pluralidade de Formas de Família

Ao longo dos séculos se tinha o casamento como a única forma de constituição familiar.

Neste esteio, a família tinha características próprias: era matrimonializada, portanto heterossexual; indissolúvel; unicamente patriarcal, gerando submissão absoluta de todos os membros da família à chefia do provedor; hierarquizada entre os próprios membros e basicamente patrimonialista.

Com falência do positivismo jurídico após a 2ª Guerra Mundial foi quando se começou a dar primazia aos princípios, garantindo assim supremacia à Norma Maior do ordenamento jurídico, permitindo maior eficácia aos direitos e garantias fundamentais, e sua aplicação entre particulares, bem como amoldando o direito ao processo de humanização das relações.

Consequentemente, a família a partir do advento da Constituição Democrática de 1988, passou a ser redesenhada, com valores mais humanos, fraternos, plurais e igualitários, sempre fundados na dignidade da pessoa humana.

Nestes moldes a família abraçou a pluralidade.

Não existe mais hegemonia do casamento como única forma de constituir família. O texto Constitucional reconhece expressamente, além do casamento, a união estável como entidade familiar, que nada mais é do que aquele convívio público, contínuo e duradouro entre homem e mulher, com o intuito de constituir família. Que de forma muito embrionária é o advento da supremacia do princípio da afetividade.

Contudo, como as relações familiares são extremamente dinâmicas, as duas figuras constitucionalmente previstas se tornaram insuficientes para a configuração dos arranjos familiares, posto que a cada dia se tornava mais comum a figura de somente um do pais e sua prole.

O referido arranjo se denomina família monoparental, que é expressamente prevista no art. 226, §4º:

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

(...)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

A esta espécie de família são aplicáveis todas as normas de direito de família, não sendo possível fazer qualquer discriminação a esse arranjo familiar.

Ocorre que, diante dos novos paradigmas do direito, o fundamento da família passou a repousar sobre o afeto e na busca da realização pessoal dos seus membros, valorizando a dignidade de cada um deles, concebendo uma igualdade substancial ao casal, aos filhos e a todos que integram este ambiente doméstico e familiar.

Família, portanto, torna-se uma comunidade de entreaajuda, fundada no afeto, que busca promover o desenvolvimento da personalidade e das potencialidades de seus membros, sempre na direção da felicidade.

Desta forma, também se reconhece as uniões homoafetivas como entidade familiar, em que para essa se fará a aplicação analógica das normas legais pertinentes a união estável, há inclusive decisões do Superior Tribunal de Justiça, exemplo a decisão proferida no Recurso Especial 1.183.378 – RS, que reconhece o direito de conversão da união estável para casamento aos casais homoafetivos. Somente para elucidar que o maior detalhamento desta possibilidade não é o objeto do presente trabalho monográfico, razão pela qual não haverá exposição detalhada da referida decisão.

Há também o reconhecimento da família extensa ou ampliada, prevista no art. 25, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente¹², que em suma é formada por parentes próximos com os quais a criança e adolescentes mantêm vínculos concretos de afetividade e afinidade.

Por fim, a mais contemporânea espécie de família reconhecida é a família reconstituída ou família mosaico, que em suma é aquela família na qual um ou ambos os membros do casal possuem um filho de um relacionamento anterior. Nesta categoria entram tanto as novas núpcias de pais viúvos ou mães viúvas como de pais divorciados e de mães divorciadas e pais e mães solteiros. Alude, assim, não só a reconstituição como o estabelecimento de um novo relacionamento, no qual circulam crianças de um outro precedente.

Em conclusão, conforme já exaustivamente elucidado no presente trabalho, não se pode defender que não haverá o reconhecimento de outra espécie de família em um futuro próximo, já que a partir do momento que a família é uma entidade cujo o vínculo é primordialmente afetivo, visando a felicidade de seus membros, a formação dessas não é estanque, mas se adequa a realidade sociocultural de seus membros.

¹² **Parágrafo único.** Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

1.3.7. Princípio da Afetividade

É o norte principal do direito de família moderno. Quando se estuda este princípio não se tenta definir o que é amor, tendo em vista que é impossível definir um sentimento de tão grande complexidade e profundidade.

Todavia, inegável que a afetividade é o molde a entidade familiar.

Podendo chegar a conclusão que ao legislador incube tão somente o reconhecimento do ente familiar, mas não sua conceituação técnica delimitativa¹³, ou seja, o legislador não pode excluir do conceito de família eventuais grupamentos que divirjam dos grupamentos por ele estandarizados, sob pena de discriminação e escancarada violação a Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito.

O princípio da afetividade retirou a primazia das relações filiais biológicas, e por conseguinte a primazia da genética, desta maneira a afetividade atribui aos membros familiares todos os direitos e obrigações do parentesco biológico, inclusive no que toca a relações patrimoniais, como por exemplo a prestação alimentícia (enunciado n. 341, CJF¹⁴).

A afetividade também está presente em normas do ECA¹⁵, bem como no art. 1584, do Código Civil¹⁶.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; e FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil, volume 6, 3ª edição, editora Saraiva, página 91.

¹⁴ “341 – Art. 1.696. Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.”

¹⁵ “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. (..)

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e **a relação de afinidade ou de afetividade**, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.”

¹⁶ “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (...)

Inegável a vasta aplicação da afetividade em nosso ordenamento jurídico, tornando impossível alinhar todos os emaranhados familiares que possam vir a serem formados, já que o que forma o vínculo é o amor e como já mencionado no início desse tópico é impossível ao melhor filósofo do mundo explicar o amor, posto sua complexidade.

Observe-se que nenhuma família é igual a outra, no momento de se analisar se naquele grupo de pessoas há constituição de uma família deve-se sempre respeitar as diferenças, bem como valorizar os laços afetivos construídos.

CAPÍTULO 2: A HETEROCOMPOSIÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

LIBERATI (2007) dá a tese do trabalho, se Família é tudo isso que já foi apresentado, o que significa a ausência da família, a carência de amor, a falta de afeto? Sem dúvidas, temos aí uma lacuna, uma garantia fundamental do indivíduo que não está sendo assegurada, veremos então que, os conflitos em família decorrem desse vácuo que é deixado na vida do indivíduo que precisa de alguma forma ser solucionado, e a entrada de uma terceira pessoa alheia aos problemas pode facilitar a resolução do conflito e trazer a paz social.

2.1: Métodos de resolução de conflitos

SENA (2007) diz que no mundo ocidental contemporâneo há três grandes grupos de mecanismos de solução de conflitos, são eles: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e **as relações de afinidade e afetividade.**“

DELGADO (2002) conceitua a autotutela como a situação em que uma das partes do conflito, tenta impor por si próprio seu interesse à parte contrária e à própria comunidade que o cerca, pois, é o modo que permite o exercício de coerção pelo próprio particular, em defesa de seus interesses. Contemporaneamente, a cultura ocidental tem restringido, ao máximo, as formas de exercício da autotutela, transferindo ao aparelho do Estado as diversas e principais modalidades de exercício de coerção.

Na autocomposição, o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia. A autocomposição se dá pelo despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada, ou pela aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra, ou pela concessão recíproca por elas efetuada. Diferentemente da autotutela, não há coerção de nenhuma das partes nesse tipo de solução, ou seja, a autocomposição pode decorrer de renúncia, aceitação (resignação/submissão) e a transação. Ocorre a renúncia quando o titular de um direito dele se despoja, por ato unilateral seu, em favor de alguém. Já a aceitação (resignação/submissão) ocorre quando uma das partes reconhece o direito da outra, passando a conduzir-se em consonância com esse reconhecimento. E, a transação verifica-se quando as partes que se consideram titulares do direito solucionam o conflito através da implementação de concessões recíprocas. (CAMPOS, 2013)

E a heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. Ao invés de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, até porque, por vezes o litígio atinge tão animosidade que as partes (ou até mesmo uma delas unilateralmente, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida. (SENA, 2007)

Ainda segundo a Juíza Adriana, *op. cit.*, considerando o fato de que se levam em linha de conta os sujeitos envolvidos e a sistemática operacional do processo utilizado, temos as seguintes modalidades de heterocomposição: jurisdição, arbitragem, mediação e a conciliação, embora existam autores que consideram a conciliação e a mediação como meios autocompositivos e como meios heterocompositivos a arbitragem e a jurisdição, mas esse conceito apresentado, leva em conta os sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo utilizado. Assim sendo, na autocomposição apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca da extinção do conflito, conferindo origem a uma sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes e na heterocomposição a intervenção é realizada por um agente exterior aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, transferindo em maior ou menor grau para esse agente exterior a direção dessa própria dinâmica. Então, a ressalva é de que na mediação, o terceiro envolvido tem menor destaque, uma vez que este apenas aproxima e instiga as partes à pacificação, mas atende aos preceitos do presente trabalho, uma vez que é um terceiro na relação social, tentando incentivar que as partes resolvam seus conflitos.

Quando as famílias não conseguem resolver seus conflitos internamente, marido e mulher, pais e filhos, irmãos e irmãs, eles recorrem a solução de conflitos por terceiros.

2.2: A heterocomposição e as suas especificidades

Reafirmando o que foi apresentado, a heterocomposição é a solução do conflito com a intervenção de um terceiro na relação bilateral, podendo agir de quatro formas, atualmente: jurisdição, arbitragem, mediação e a conciliação.

2.2.1: Jurisdição

Primeiramente, insta salientar que a doutrina não é pacífica no que tange ao conceito de jurisdição, sendo que no que toca ao conceito clássico da jurisdição há dois autores que se destacam como percussores do referido conceito, Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti.

O professor Giuseppe Chiovenda, que conceituou jurisdição como:

“Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”

Na contramão do referido conceito tem-se os ensinamentos de Francesco Carnelutti que define a jurisdição como:

“Função que busca a justa composição da lide”

Desta forma, pode ser observado que na visão clássica de jurisdição a mesma apresenta os seguintes elementos essenciais para a caracterização da jurisdição:

- Substitutividade: já que a atividade jurisdicional substitui a vontade das partes;
- Lide: que de forma extremamente resumida nada mais é uma pretensão resistida proveniente de um conflito de interesses;
- Inércia: a atividade jurisdicional só se movimenta após o requerimento da parte por meio da petição inicial.

- Definitividade: notadamente no instituto jurídico da coisa julgada material.

Contudo, como é reconhecido por muitos autores, notadamente os ilustres professores Leonardo Greco e Daniel Amorim Assumpção Neves, os referidos conceitos clássicos de jurisdição não são mais o bastante para abranger a moderna atividade jurisdicional.

Especificamente para o Professor Leonardo Greco, a jurisdição é um conceito que está em constante evolução, na medida que em outros sistemas jurídicos já foi possível desprender a jurisdição do Estado (como por exemplo na França), enquanto em outros, como no Brasil ainda associam a jurisdição como uma função essencialmente estatal.

Inclusive, os elementos tidos como essenciais para a caracterização de jurisdição não são mais tidos como essenciais a mesma na visão de tais autores modernos.

A substitutividade não é elemento essencial, tendo em vista que existe atividade jurisdicional sem caráter substitutivo, como nas ações constitutivas necessárias, prevista por exemplo no art. 1.124 - A, CPC, interpretado a *contrario sensu*. Bem como que também não há caráter substitutivo nas ações de execução indireta.

A lide também não é elemento essencial para configurar a atividade jurisdicional, posto que há reconhecidamente jurisdição em processos em que não há lide, como por exemplo no caso dos processos objetivos e na tutela inibitória. Não se está no presente trabalhando negando que a jurisdição foi criada para a resolução de conflitos, contudo manter a referida função engessada na resolução de conflitos seria negar a constante evolução do conceito de jurisdição ao longo da história do direito.

No que tange a inércia, a própria legislação brasileira já reconhece que a inércia não é elemento essencial, podemos citar para fins de exemplificação o próprio art. 989, CPC, que trata da abertura do processo de inventário de ofício.

Desta forma, podemos concluir que o único elemento essencial da jurisdição que é exclusivo da mesma é a definitividade, pois somente a jurisdição possui o escopo de produzir a chamada coisa julgada material. Porém, há atividade jurisdicional mesmo que não se produza coisa julgada material, como por exemplo no processo cautelar.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves jurisdição modernamente se conceitua como:

“A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando aplicação do direito objetivo ao caso em concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social”

Para Leonardo Greco jurisdição, modernamente, possui o seguinte conceito:

“É a função preponderantemente estatal, exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares”

2.2.1: Arbitragem

A arbitragem é provavelmente a mais antiga forma de heterocomposição existente na humanidade, já que esta é fundada a submissão da vontade das partes na decisão de um indivíduo que exercia forte influência sobre as referidas partes e aquela comunidade em um modo geral. Em regra, o arbitro era o ancião ou líder religioso, que intervinha no conflito resolvendo-o imperativamente.

Sendo que a arbitragem até os tempos atuais continua mantendo as características de seus primórdios, possuindo dois pilares:

- “a) partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses;*
- b) a decisão desse terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da vontade das partes.”*

Nas lições de Alberto Carmona o referido autor define a arbitragem como:

“Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada”

A arbitragem no Brasil é regulamentada pela Lei nº 9.307/96, que em seu art. 1º já prevê que a arbitragem somente poderá ser utilizada como forma de heterocomposição quando a matéria versar sobre direitos disponíveis.

A arbitragem é uma forma de solução de conflitos alternativa a jurisdição, em que é dado amplo poderes as partes para primeiramente decidir quem será o arbitro que irá decidir o conflito de interesses no caso em concreto, bem como as próprias partes conferem a tal indivíduo poder e autoridade para decidir a questão.

Carnelutti em sua obra designa a arbitragem em sua obra como “equivalente jurisdicional”, posto que, conforme já mencionado no tópico anterior, para o referido autor como é o Estado que possui a competência para o exercício da jurisdição, toda forma de solução de conflito que não envolva a atividade jurisdicional é o “equivalente jurisdicional”.

Contudo é inegável que a arbitragem possui características que a aproximam muito da jurisdição, por tal razão autores como Carmona defende que a arbitragem seria na verdade jurisdição privada .

O STJ no MS 11.308/DF julgado em 19/05/2008, ao tratar da natureza jurídica da arbitragem ao longo da decisum ora tratou a arbitragem como equivalente jurisdicional, ora como jurisdição privada, demonstrando assim que a referida discussão é meramente acadêmica.

Os dois principais argumentos para a parcela da doutrina que defende que a arbitragem é jurisdição voluntária são:

- A sentença arbitral após a reforma do CPC que incluiu o art. 475- N, no inciso IV, incluiu a sentença arbitral no rol do título executivo judicial, equiparando-a assim a sentença judicial;
- A sentença arbitral torna-se imutável e indiscutível, produzindo assim coisa julgada material, tendo em vista a impossibilidade do poder judiciário de reavaliar seu conteúdo, ficando a revisão limitada a vícios formais da arbitragem ou da própria sentença arbitral.

Inclusive pelo referido segundo argumento há autores que defendiam a inconstitucionalidade da arbitragem tendo em vista a ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. A referida crítica é totalmente ultrapassada, primeiramente porque o Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de que a “escolha entre arbitragem e a jurisdição é absolutamente constitucional, afirmando que a aplicação da inafastabilidade é naturalmente condicionada à vontade das partes”

O Novo Código de Processo Civil no art. 3º, positivou o referido entendimento do eg. STF de forma expressa:

“Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. (...)”

Em suma, não restam mais dúvidas acerca da legalidade e legitimidade da arbitragem como meio de solução de conflitos.

2.2.3: Mediação

A mediação é a forma de heterocomposição que possui suas origens nos costumes, sendo somente codificada pelas Convenções de Haia de 29.07.1899 e 18.10.1907.

Mediação é a forma alternativa de solução de conflitos fundada na vontade das partes. Nesta forma de heterocomposição terceira pessoa neutra e imparcial facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema.

A mediação é centrada nas causas do conflito, por tal razão o mediador não propõe soluções do conflito as partes, mas conduz as mesmas a descobrirem as reais causas do conflito, de forma a possibilitar a sua remoção e a chegarem à solução do mesmo.

Ou seja, na mediação as partes envolvidas por si sós chegam à solução consensual, tendo o mediador como única função conduzi-las a tal ponto.

É uníssono na doutrina que a mediação representa na atualidade a melhor forma de solução de conflitos, como por exemplo Juan Carlos Vezzulla que comenta:

“Técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.”

Diante dos conceitos e considerações doutrinárias acima mencionados pode-se conceituar a mediação como forma equivalente jurisdicional, no qual as partes em litígio nomeiam ou aceitam a intervenção de um terceiro, denominado de mediador, para que as auxiliem a resolver o conflito através da melhora da qualidade da comunicação. O mediador é um técnico da comunicação, e faz com que as próprias partes cheguem à solução do problema, assim o mediador não impõe soluções e não interfere no mérito do litígio.

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) prestigiou a mediação de forma significativa, dando inclusive para esta e para a conciliação seção própria que engloba os artigos 165 a 175, demonstrando assim seu objetivo de prestigiar as formas alternativas de solução de conflito. Seguem abaixo as disposições legais julgadas como pontos nodais acerca da mediação:

“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. (...)”

§ 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. 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. (...)”

Ressalte-se que na mediação, os conflitos só podem envolver direitos patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis. Isso porque apenas esses direitos podem ser objeto de acordo extrajudicial. Contudo, caso as partes cheguem a solução, o referido acordo entra as mesmas pode ou não ser homologado pelo Judiciário, a critério das partes. Não restam dúvidas que o ponto vital na mediação é o respeito à vontade das partes.

A mediação também pode ser utilizado em se tratando de matéria penal. Notadamente nos casos de crimes sujeitos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada, a mediação poderá culminar na renúncia da queixa-crime ou da representação. Nos casos sujeitos à ação penal pública incondicionada, a mediação é possível, não para que se transacione sobre o direito de ação, posto que este pertence exclusivamente ao Estado, mas apenas para que haja um diálogo entre as partes, caso estas possuam pretensão de manter um relacionamento amistoso após a prática do ato criminoso.

Entretanto a área do direito em que a mediação se mostrará extremamente efetiva, bem como poderá trazer os melhores resultados práticos é no direito de família, por meio da chamada mediação familiar que é um procedimento extrajudicial, de caráter voluntário, econômico, rápido, consensual, que visa possibilitar a manutenção do vínculo parental, bem como gerar alternativas criativas para a solução do litígio, ao qual o mediador busca proporcionar o equilíbrio entre as partes envolvidas no conflito e possibilita a comunicação interativa a fim de solucionar a disputa da maneira mais adequada, na visão das partes confrontantes.

Através da figura do mediador, as partes envolvidas no referido conflito tem condições de atingir uma posição de equilíbrio e buscar, através do diálogo, possibilidades particularizadas para a solução do mesmo.

2.2.4: Conciliação

O termo conciliação deriva do latim *conciliatio*, que significa ato de harmonizar litigantes ou pessoas divergentes, conagraçamento, acordo, concórdia. No Brasil a conciliação teve como origem nos Conselhos de Conciliação e Arbitramento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo a partir daí amplamente utilizado dentro do âmbito judicial, bem como extrajudicial.

A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

Apesar das diversas semelhanças entre a conciliação e a mediação, as mesmas apresentam diferenças, posto que a mediação é recomendada para situações de múltiplos vínculos ou conflitos subjetivos, ou seja, para relações mais complexas, já a conciliação é adequada para relações circunstanciais e compostas de um único vínculo. Isso porque o foco da conciliação é o acordo entre as partes, já na mediação busca-se também desvendar os interesses dos envolvidos, e possibilitar a manutenção dos vínculos anteriores após a discussão da causa independentemente do acordo.

Ademais, outra diferença entre a mediação e a conciliação é em relação ao papel desempenhado pelo terceiro facilitador da composição.

Conforme já explicitado no tópico acima, na primeira o mediador apenas auxilia as partes, para que as mesmas encontrem os caminhos de resolução. O mediador é um mero facilitador do diálogo, que não participa da solução ou influi diretamente em decisões ou mudanças de atitude. Já na conciliação, o conciliador faz às vezes do mediador e ainda propõe alternativas para o deslinde do conflito.

O conceito de conciliação também não é pacífico, porém vale a pena mencionar o conceito de Petrônio Calmon, para o referido autor a conciliação pode ser conceituada “como a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a chegarem num acordo, adotando, porém, metodologia que permite a apresentação de proposição por parte do conciliador.”

Tal qual ocorreu com a mediação, a conciliação também foi amplamente prestigiada no Novo Código de Processo Civil, estando regulamentada na mesma seção atinente a mediação, possuindo suas normas gerais nos seguintes artigos:

“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.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 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. (...)

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.(...)”

A conciliação já vem sendo amplamente utilizada no poder judiciário, possuindo diversas previsões no CPC, bem como na legislação extravagante. Especialmente no que tange as relações familiares a conciliação vem sendo amplamente encorajada, pois a mesma visa o entendimento das partes, evitando assim o desgaste emocional e financeiro das mesmas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo refletir sobre o instituto da heterocomposição na resolução dos conflitos de família.

O conceito de família que prevalece atualmente nas relações familiares é o conceito eudemonista, que nada mais é a família que busca a felicidade de seus membros. Tendo isso em conta, as multiplicidades de arranjos familiares são muitas, não sendo mais possível conceber que família seja aquela decorrente de pai, mãe e filhos, frutos de uma relação heterossexual. Em busca da felicidade, as famílias podem se arrajar em forma de união estável, monoparental, anaparental, reconstruída, a partir de pessoas do mesmo sexo, entre diversas outras formas que assim os seres humanos possam conceber.

E o que causam os conflitos familiares? As divergências ideológicas entre os membros da família, decorrentes de frustração de expectativas, diferenças de valores morais e contrariedade de interesses contrariados, estão entre os fatores que podem causar conflitos entre familiares, como também, a perda de um ente ou o abandono do membro no contexto do arranjo, pode causar uma desestabilização do equilíbrio que até então viviam.

Da mesma maneira que, vetores podem colaborar para a desarmonia das relações familiares, tais como, vulnerabilidade financeira da entidade, precariedade do afeto, respeito entre os membros, tolerância entre as partes são alguns dos elementos que enfraquecem a relação familiar.

Quando os conflitos entre membros da mesma entidade familiar se instalam, por vezes, essas pessoas não conseguem dela saírem sozinho, necessitando do auxílio de um terceiro para facilitar ou até resolver a questão, quando então, se apresenta o instituto da heterocomposição.

A heterocomposição é uma modalidade de solução de conflitos com a intervenção de um terceiro numa relação bilateral, sendo quatro as formas atualmente usuais na sociedade: jurisdição, arbitragem, mediação e a conciliação.

Pela jurisdição, todos os conflitos podem ser solucionados, é a intervenção do poder público nas relações privadas, funciona a medida em que uma das partes pede ao Estado que resolva a controvérsia e a parte adversa não pode rejeitar que a lide seja composta. Entretanto, como se trata de uma solução coercitiva de resolução de conflitos, a própria Justiça tem sugerido que os demais métodos de heterocomposição sejam tentadas antes que a jurisdição torne-se necessária, se assim podemos dizer, a jurisdição seria a solução universal dos conflitos e residual, quando nenhum outro método for possível, o conflito será pacificado pela jurisdição, posto que a máxima, nenhum caso ficará sem solução.

Por fim, vale dizer que, a melhor solução de conflitos nas relações familiares é evitar que o clima de beligerância se instale entre os seus membros, valorizar a comunicação franca, sincera e honesta e resolver as questões dentro de casa, ainda sim, se mostra como a melhor forma de resolução de conflitos domésticos.

Por todo exposto, forte nessas razões que se conclui que é positiva a intervenção de uma terceira parte, numa relação familiar conflituosa, a fim de dinamizar a solução da controvérsia e trazer a paz social que até então estavam estremecidas.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 14, jul/set, 2002, p. 05-10.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.454.643, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, 10 de março de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, Brasília, 14 de outubro de 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMPOS, Ana Carolina Zavaglia Malta. *Autocomposição como meio de resolução de conflitos civis: a mediação*. Faculdade de Direito. Ribeirão Preto: USP, 2013.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem e Processo: um comentário a Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CHAVES, Antonio. *Capacidade Civil*. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 13. São Paulo: Saraiva, 199.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. Tese de mestrado em direito. São Paulo: USP, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *São Paulo: Revista LTr*, v. 66, n. 6, jun. 2002.

DIAS. Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Uniãos homoafetivas e o atual conceito de família*. XIII Congresso Internacional de Derecho de Familia. Sevilha, Espanha. 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. vol. 5, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Desafios e perspectivas do Direito de Família no Brasil Contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartir Latin, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 6, 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA, Rodolfo Filho, Novo Curso de Direito Civil, 3ª edição, editora Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. 6, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil – introdução ao direito processual civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Gen. 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstruídas: nova forma de conjugalidade e de parentalidade. Tese de doutorado em Direito. Curitiba: UFPR. 2002

KUSANO, Susileine. Da família anaparental: Do reconhecimento como entidade familiar. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Direito da criança e do adolescente. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

LIMA, Mírian T. Castro Neves de Souza. O princípio da dignidade humana como gênese das inovações no direito de família. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Volume 2. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

MARANGONI, Iara de Santana. As relações socioafetivas na família reconstituída. VII Jornada de Iniciação Científica. Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 5ª edição. São Paulo: Gen. 2013;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. Tese de doutorado em Direito. Curitiba: UFPR. 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. Revista Jurídica, Brasília, v. 10, n. 92, p.01-30, out./2008 a jan./2009.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007.

SIQUEIRA, Carol. Ações de família terão rito especial para que terminem em acordo. *Câmara Notícias*. Câmara dos Deputados: Brasília, DF. 23 mar 2014.

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.