PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Clayton Rosa de Resende

**A FAMÍLIA E O AFETO - O DIREITO E A FALTA DE AFETO:
UM ESTUDO DE BASES SOCIOLOGICAS**

Belo Horizonte

2008

Clayton Rosa de Resende

**A FAMÍLIA E O AFETO - O DIREITO E A FALTA DE AFETO:
UM ESTUDO DE BASES SOCIOLOGICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Jr.

Belo Horizonte

2008

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R433f	<p>Resende, Clayton Rosa de</p> <p>A família e o afeto: o Direito e a falta de afeto: um estudo de bases sociológicas / Clayton Rosa de Resende. Belo Horizonte, 2008. 69 f.</p> <p>Orientador: Walsir Edson Rodrigues Jr Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Direito de família. 2. Relações familiares. 3. Afeto. 4. Sociologia. 5. Civilização moderna - séc. XX. 6. Responsabilidade (Direito). 7. Mediação familiar. 8. Conciliação (Processo civil). I. Rodrigues Jr, Walsir Edson. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 347.6</p>
-------	--

Clayton Rosa de Resende

**A FAMÍLIA E O AFETO - O DIREITO E A FALTA DE AFETO: UM
ESTUDO DE BASES SOCIOLOGICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Jr. (Orientador) PUC-Minas

Prof. Dr. Rodrigo da Cunha Pereira - PUC-Minas

Prof. Dr. Lúcio Antônio Chamon Jr. - UNIFEMM Sete Lagoas

Belo Horizonte, 11 abril de 2008.

Dedico este trabalho aos meus pais, Maria José Rosa de Resende e Antônio Cardoso de Resende, meus grandes incentivadores.

Agradeço a Deus, pela oportunidade da vida.

Agradeço ao orientador, Dr. Walsir Edson Rodrigues Jr., pela confiança depositada, pela orientação segura e por suas valiosas contribuições, que norteiam meu caminho no magistério de ensino superior.

“Sem Deus no coração, as futuras gerações colocarão em risco a vida no planeta. Por maior que seja o avanço tecnológico da humanidade, impossível que o homem viva em paz sem que a ideia de Deus o inspire em suas decisões”.

Chico Xavier

“Aprendemos a voar como pássaros, e a nadar como peixes, mas não aprendemos a conviver como irmãos”.

Martin Luther King

RESUMO

A família contemporânea tem como elemento essencial o afeto e a afetividade é reconhecida como princípio jurídico. As Varas de Família brasileiras estão abarrotadas de litígios cujo único mote é a falta de afeto, o desamor. Na contemporaneidade, marcada pelo consumo desordenado e pela globalização, em que os valores aparentemente sólidos se liquefazem, evidencia-se a incapacidade do Direito de resolver as lides afetivas. O Direito brasileiro reconhece o afeto como elemento nuclear da família atual e a afetividade como princípio, mas não apresenta solução para a falta de afeto. Diante da necessidade de se buscar recurso para a solução da questão puramente afetiva, a mediação surge com meio hábil ao desenvolvimento da autonomia das partes, na resolução do conflito de família.

Palavras-chave: Família; Afeto; Princípio da afetividade; Modernidade líquida; Mediação Familiar.

ABSTRACT

The contemporaneous family has as essential element the affection, recognized as juridical value. The Brazilian family courts are crowded of process that the only motive is the lack of affection and love. In the contemporaneousness, marked by disordered consume and globalization, in which the values apparently solid become liquid, it is showed the impossibility of Law to solve the law suit purely affective. The Brazilian Law recognized the affection as juridical value and the affectivity as principle, but does not solve the lack of affection. According to the necessity to look for a way to solve the question purely affective, mediation appears as way to development of autonomy of parts, in the resolution of family conflict.

Key-words: Family; Affection; Principle of affectivity; Liquid modernity; Family mediation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	FAMÍLIA E AFETIVIDADE	11
2.1	A evolução da família: do patriarcalismo ao solidarismo	11
2.2	A elevação da afetividade como princípio do Direito de família	17
3	A FAMÍLIA E O DIREITO EM PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA	24
3.1	Família, amor e afeto na modernidade líquida de Zygmunt Bauman.....	24
3.2	O amor como forma de reconhecimento na perspectiva de Axel Honneth.....	28
3.3	A função do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann	31
4	O DIREITO NÃO RESOLVE O PROBLEMA DA FALTA DE AFETO... ..	39
4.1	A peculiaridade do conflito familiar.....	39
4.2	Análise de decisões	41
4.3	Outro olhar sobre o conflito de família	45
5	A BUSCA DE SOLUÇÕES - A MEDIAÇÃO FAMILIAR E O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA	48
5.1	Formas alternativas de resolução de conflitos	48
5.2	Mediação: conceito e histórico.....	50
5.3	Mediação <i>versus</i> conciliação: uma importante distinção	53
5.4	Mediação - local para o exercício da autonomia	54
5.5	O papel do profissional do direito nos conflitos de família	58
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
	REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A evolução social da família, segundo a doutrina civilista atualizada, aponta para a valorização do afeto com o estatuto de elemento nuclear e essencial da família contemporânea. Deste elemento nuclear, deriva um princípio que passou a ser aceito pela Doutrina e Jurisprudência: a afetividade.

No Brasil, a modificação mais profunda, no âmbito do Direito, se deu a partir da Constituição da República de 1988, daqui por diante denominada CR/1988, que instalou um novo paradigma, o Estado Democrático Brasileiro, e elevou a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos. A família passou a ser vista como o espaço para a realização desta dignidade, a solidariedade, sua principal característica e a afetividade, o instrumento para a efetivação da dignidade no âmbito familiar.

A relação familiar, no entanto, é complexa, porque tem em seu centro a pessoa humana, aqui vista como sujeito de direitos e dotado de sentimentos. O conflito envolvendo as questões de família tem caráter distinto dos demais conflitos: o elemento emocional decorrente dos elos de afetividade que ligam seus membros. As disputas patrimoniais, muitas vezes, servem apenas de pano de fundo para questões sentimentais, mágoas e ressentimentos. As partes buscam o Judiciário ora como panacéia para as suas dores, ora como instrumento de vindita. Na solução dessas espécies de conflito, o Judiciário se mostra impotente, por trabalhar o litígio em perspectiva exclusivamente jurídica, sem analisá-lo em suas dimensões social e psicológica.

Constata-se, ainda, que as relações familiares sofreram profundas alterações ao longo dos anos, em função da dinâmica da cultura e da sociedade, expressas em marcos como a revolução industrial, a emancipação feminina, o reconhecimento e defesa ampla dos direitos humanos. Na contemporaneidade, a família é marcada por relações cada vez mais instáveis face às transformações sócio-culturais oportunizadas pela globalização e pelo consumo desordenado.

Apesar dos visíveis esforços para se adaptar às novas condições sócio-

culturais, o Direito, por si só, não está ainda capacitado para entender e solucionar satisfatoriamente os conflitos familiares, enquanto se embasar tão somente na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Águida Arruda Barbosa, discorrendo sobre a Mediação familiar, transcreveu interessante e oportuna citação da Juíza francesa Daniele Ganância, que coaduna com o quadro até aqui apresentado, bem como destaca a força do senso comum da sociedade, que aloca, no Judiciário, cargas de responsabilidade sociais e institucionais para além de sua alçada:

A natureza dos conflitos de família, antes de serem jurídicos, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, envolvendo o sofrimento. Assim, os juízes questionam-se sobre o efetivo papel que desempenham nesses conflitos, conscientizando-se dos limites do Judiciário. Daí a insatisfação e o ressentimento dos jurisdicionados, que acreditam na magia do julgamento como remédio a todos os seus sofrimentos: seu reflexo primeiro, em caso de conflito, é de agarrar-se ao juiz, “deus ex-machina” “superpai”, que vai lhes ditar suas soluções; sem compreender que nenhuma decisão da justiça poderá solucionar de forma duradoura seu conflito nem substituí-los em suas responsabilidades parentais (BARBOSA, 2004, p. 37).

A sentença efetivamente pode por fim ao processo, mas não ao conflito familiar. Este quase sempre prossegue, enquanto não forem solucionadas as questões sentimentais, o que praticamente não se alcança com a letra fria da decisão judicial. As conseqüências são as constantes execuções das sentenças que se acumulam nas Varas de Família brasileiras.

O presente estudo visa demonstrar que, embora reconheça o afeto como elemento nuclear da família contemporânea, e aceite a afetividade como princípio norteador das relações familiares, o Direito se depara, na solução dos conflitos de família, com dificuldades em resolver a lide sociológica decorrente da carência ou restrição da afetividade. A hipótese que respalda o objetivo é que o Direito não resolve o problema da falta de afeto.

Para se tratar o tema, optou-se como ponto de partida por resgatar a evolução da família, desde o patriarcalismo, característico da família greco-romana até a família solidária contemporânea, na qual o afeto desponta como elemento essencial. Justamente pelo reconhecimento do afeto como elemento nuclear da família contemporânea, impõe-se a análise da afetividade como princípio do sistema jurídico brasileiro.

Através de ferramentas de análise sociológica, proceder-se-á a uma apreciação da família no recorte temporal da contemporaneidade para se verificar dois pontos: o quanto a família contemporânea foi afetada pela globalização, com conseqüente transformação dos seus valores, os quais se tornaram, no curso da história humana, cada vez mais líquidos; e o quanto os relacionamentos foram afetados desde a modernidade, que foi denominada pelo sociólogo alemão Zygmunt Bauman de modernidade líquida, até a contemporaneidade. Neste mesmo contexto também se analisará a função do Direito diante da complexidade do mundo.

Do exame da evolução social da família e de suas exigências será possível verificar qual o papel do Direito e do Judiciário nas lides afetivas, com vistas a demonstrar a dificuldade e até mesmo a incapacidade dessas instâncias e institutos para resolver os problemas decorrentes da falta de afeto.

Finalmente, após breve discussão sobre o conflito familiar, trabalhar-se-á a mediação como instrumento para o restabelecimento da comunicação entre os membros da família em litígio e como local para as partes desenvolverem sua autonomia, como proposta viável para a solução dessa espécie de conflito, sem deixar de destacar o papel do profissional do Direito na resolução destas lides.

2 FAMÍLIA E AFETIVIDADE

Para falar da família contemporânea e do afeto como componente essencial, faz-se necessário, primeiramente, verificar a caminhada evolutiva dos elementos nucleares que definiram as relações familiares no tempo. Dos vários ângulos possíveis para se buscar entender a evolução social da família, percebe-se que ela sempre esteve ligada às questões econômicas. A história demonstra que o patrimônio, a religião ou a biologia eram os elementos que definiram o vínculo familiar.

Friedrich Engels, ao descrever os estágios fundamentais da evolução humana, constatou e indicou três formas de matrimônio: 1) o por grupos no estado selvagem; 2) o sindiásmico, na época da barbárie; e, 3) o monogâmico, na civilização. Define Engels (1995, p. 82) que “[...] a monogamia nasceu da concentração de grandes riquezas nas mesmas mãos - as de um homem - e do desejo de transmitir essas riquezas, por herança, aos filhos deste homem” e trouxe como importante característica a sujeição das mulheres aos homens. Anota ainda Engels (1995, p. 85) que “na maioria dos casos, e até o final da Idade Média, o matrimônio continuou sendo o que tinha sido desde sua origem: um contrato não firmado pelas partes interessadas”. A característica desse contrato é que disporia a respeito “do corpo e da alma de dois seres para toda a vida” (ENGELS, 1995, p. 87).

2.1 A evolução da família: do patriarcalismo ao solidarismo

Segundo Fustel de Coulanges (2003), o afeto não possuía significado ou valor para as famílias antigas. Nem o nascimento nem o afeto eram reputados como os alicerces da família greco-romana. Os historiadores julgam, segundo esse autor, que o fundamento deveria residir no poder paterno ou no do marido.

Assim, pressupondo-se o princípio da família, nos moldes da cultura ocidental, de tradição greco-romana, tal não se encontra no afeto natural. Tanto o

Direito grego como o Direito romano desconsidera esse sentimento. Este poderia ser realidade para o indivíduo, em sua subjetividade, mas para o Direito, nada valia (COULANGES, 2003).

Na sociedade e cultura romana, o vocábulo família remetia a duas significações: 1) o conjunto das pessoas colocadas sob o poder de um chefe - o *paterfamilias* e 2) o patrimônio do *paterfamilias* (CRETELLA JÚNIOR, 1988). O chefe da família era, pois, designado *pater*, palavra latina que significa “pai”. Essa designação, no entanto, não encerrava a idéia de paternidade. A palavra era aplicada aos deuses, com o sentido de potestade e de dignidade majestosa, usada como de forma demonstrar o lugar que o *pater* ocupava e o poder que exercia sobre a família.

Este “poder paterno”, ou seja, o poder do *paterfamilias*, ter-se-ia originado da religião, que era o principal elemento da família antiga. Era o culto religioso que mantinha unidos os elementos que compunham a família. O parentesco não era determinado pelos laços de sangue, mas pelos laços cúlticos. Só eram considerados parentes aqueles que invocavam os mesmos deuses domésticos e a eles serviam os mesmos sacrifícios. Os direitos eram fixados de acordo com os direitos de participação no culto e a família era, na prática, uma associação religiosa.

Por sua vez, o casamento foi, senão a primeira, uma das primeiras instituições sociais determinadas pelo culto religioso. O matrimônio era considerado uma instituição sagrada e os esposos eram unidos não pelo sexo ou afeto, mas pelo culto religioso. A mulher deixava o culto da casa paterna para assumir o culto religioso do marido e isto se dava de forma sagrada e ritualística. A religião impunha a continuidade da família para que a descendência pudesse dar continuidade ao culto. O casamento, portanto, era obrigatório e, como principal efeito, promovia a união do casal no mesmo culto doméstico, para fazer nascer aqueles que seriam capazes de perpetuar o culto. Assim, “a religião dizia que a família não deveria extinguir-se: todo afeto e todo direito natural cediam perante essa regra absoluta” (COULANGES, 2003, p. 51).

O sujeito, natural continuador do culto, era o filho, cujo nascimento era necessário e esperado e sua entrada na família também se dava de forma ritualística. A filha não era autorizada a continuar o culto, porque deixaria o culto

paterno para adotar o culto do marido. Sem um filho, a família não se perpetuava, porque o culto seria interrompido. Por isto, a adoção era admitida.

A residência da família relacionava-se diretamente com a localização do altar religioso e com o túmulo dos antepassados. Aduz-se que a religião também se apresentava como garantidora do direito de propriedade, pois a terra não era exclusivamente o lugar da habitação, mas o local em que os familiares fixavam o altar, no qual o culto se realizava e em que os antepassados seriam enterrados e cultuados. Nessa propriedade a família devia perpetuar o seu culto. A propriedade, portanto, não pertencia a um único membro, mas à família. O filho, sendo o natural continuador do culto, herdava a propriedade em função da obrigação de dar continuidade à religião doméstica.

A família era, assim, um pequeno grupo com organização própria composto pelo pai (*paterfamilias*), mãe (*materfamilias*), filhos (*filiusfamilias* e *filiafamilias*) e escravos, cada um com papéis próprios, todos submetidos ao *patria potestas* do *paterfamilias* (CRETELLA JÚNIOR, 1998). A autoridade principal da família era a religião doméstica, mas como o *pater* era o chefe do culto, detinha ele poder ilimitado, conferido pela religião. A mulher tomava parte nos cultos religiosos, mas era considerada apenas parte integrante do marido. O filho ajudava o pai no culto religioso e permanecia submetido à autoridade paterna enquanto este vivesse.

O *pater* não era somente a figura mais forte no grupo, protegendo os seus, com autoridade para se fazer obedecer por seu grupo. Era, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. A religião residia e se mantinha no *pater* e pelo *pater* (COULANGES, 2003).

O modelo de família, centrada nos poderes paternos e na continuidade patrimonial, firmou-se ao longo da história humana. Porém, “o Cristianismo exerceu uma profunda influência sobre a evolução do poder paternal” (GILISSEN, 1995, p. 612), e a tradição judaico-cristã levou as relações familiares a se assentarem sobre a afeição e a caridade. Anota Rodrigo da Cunha Pereira (2003) que, com o Cristianismo, a unidade e a coesão características da família romana foram acrescidas do caráter sacramental, que mudou a concepção de autoridade absoluta do esposo sobre a mulher.

Todavia, a família patriarcal foi a base da maioria das legislações da Idade Média ao Mundo Moderno e “a tradição do Direito Civil ocidental, com sua base no Direito Romano, tem centralmente sua explicação na estrutura do sistema patriarcal” (PEREIRA, 2003, p. 87). Mesmo na Idade Moderna, nos marcos da Revolução Francesa e da Revolução Industrial, a família evoluiu sem perder os princípios do sistema patriarcal.

Em perspectiva diacrônica, percebe-se que às famílias sempre se atribuiu a função tanto religiosa e política como econômica e procracional. Todavia, no curso da história, essas funções tiveram seus significados e sentidos alterados.

A Revolução Francesa, do final do século XVIII, estabeleceu a liberdade, a igualdade e a fraternidade como valores para a transformação da sociedade. Mas o que se viu foi a afirmação de um individualismo jurídico e de uma igualdade meramente formal. O Estado liberal do século XIX se caracterizou pela não intervenção nas relações privadas e pela proteção dos interesses patrimoniais. Nas codificações liberais, a proteção da família se consubstanciava na proteção do patrimônio e a mulher permanecia na condição de subalternidade. Já o intervencionismo estatal, característica do Estado social desenvolvido ao longo do século XX, alcança as relações familiares para reduzir os poderes domésticos e buscar a igualdade entre os seus membros (LÔBO, 2008).

Nesse ínterim, as funções da família sofrem profundas alterações e, na contemporaneidade, a família patriarcal deu lugar a um novo modelo de família. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2008), dois fatores podem ser indicados como responsáveis pelo desaparecimento da família patriarcal: as vicissitudes da urbanização acelerada e a emancipação feminina. Porém, a maior contribuição para a mudança das funções das famílias foi o deslocamento do foco central, com a valorização da pessoa humana. “Essa centralidade na pessoa humana foi acentuada na modernidade desde o seu início, principalmente com o iluminismo, despontando na construção grandiosa dos direitos humanos fundamentais e do conceito de dignidade da pessoa humana” (LÔBO, 2008, p. 12). Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a dignidade da pessoa humana emergiu como valor a ser juridicamente tutelado.

Organizada, que é, por e para pessoas humanas, a família passou a ser vista,

não como a fonte da legitimação da propriedade e da religião, mas como o lugar ideal para a promoção da dignidade humana. As preocupações com o patrimônio deixam de ser a prioridade e inicia-se o trabalho de valorização da pessoa. O fenômeno provocou e ainda demanda profundas alterações nas legislações civis. É chamado por Lôbo e pelos civilistas da atualidade de repersonalização.

No Brasil, esta tendência passou a ter mais visibilidade após a promulgação da CR/1988, que elevou a fundamento do Estado Brasileiro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e firmou como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). A tríade da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade - deu lugar a outra: liberdade, justiça e solidariedade:

A liberdade individual é funcionalizada à realização da solidariedade, 'a promover o bem de todos' (art. 3º, IV, da CR/1988), e não apenas de cada um. A justiça é principalmente material, voltada a 'reduzir as desigualdades sociais' (art. 3º, III, da CR/1988). O apelo ético à fraternidade converte-se em dever jurídico de solidariedade, promanado do respectivo princípio normativo (LOBO, 2007, p. 149).

A solidariedade é o elemento que neutraliza os poderes despóticos e se firma como condição de possibilidade de união dos membros da família, impondo-se como dever recíproco entre as pessoas que a compõem. "A família atual busca sua identificação na solidariedade", nas palavras de Lôbo (2008, p. 2).

A CR/1988 ainda confere especial proteção à família (art. 226) e segundo Gustavo Tepedino, é a dignidade humana que determina essa proteção:

É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social (TEPEDINO, 2004, p. 372).

É, em suma, a preocupação com a pessoa humana que determina o fim da autoridade patriarcal. A solidariedade, enquanto princípio destinado a auxiliar no pleno desenvolvimento do ser humano, é, juntamente com a afetividade, o elemento que possibilita a manutenção dos vínculos familiares. Conclui Lôbo que:

A família brasileira, na atualidade, está funcionalizada como espaço de realização existencial das pessoas, em suas dignidades, e como *locus* por excelência de afetividade, cujo fundamento jurídico axial é o princípio da

solidariedade (LÔBO, 2007, p. 159).

É por isto que se pode dizer que a família atual tem natureza intrinsecamente solidária, porque enquanto nela houver afeto, cooperação, respeito, assistência e amparo, seus membros estarão unidos de modo democrático e não autoritário.

Chegaram os tempos previstos por Engels (1995), que anteviu na história humana estágio tal que os matrimônios só se realizariam com toda a liberdade, com o fim da preponderância do masculino nas questões econômicas e nas condições de propriedade. As uniões na contemporaneidade não têm outra causa determinante, senão a inclinação recíproca, o afeto e a busca pela comunhão plena de vida.

Vale acrescentar as considerações de Cristiano Chaves Farias quando pondera que nessa nova visão da família, o relacionamento é baseado na comunicação emocional, e essa

[...] *comunicação emocional*, ou intimidade apresenta-se como pedra de toque para o desenvolvimento harmônico das relações familiares. Veja-se que é a partir da interlocução que os membros das comunidades familiares se aproximam, estreitando os processos de confiança (FARIAS, 2007, p. 06, grifo no original).

A confiança recíproca entre os membros da família só é alcançada quando a feição patriarcal é substituída por um espaço aberto ao diálogo entre seus membros (FARIAS, 2007).

Vale, neste contexto observar que, quando surge um conflito no seio da família, o que se deve buscar é o restabelecimento da comunicação e a restauração do diálogo, como forma de expressar os valores decorrentes da solidariedade, característicos da nova família. Para atender a esse intento é que se percebe faltar ao Direito os instrumentos necessários para as lides familiares que envolvem o afeto.

Como se viu, a forma de expressão social da família evoluiu do patriarcalismo ao solidarismo. A família, uma vez identificada pelo vínculo religioso ou biológico, desses vínculos recebia funções específicas. A função da família altera-se na contemporaneidade e passa a ser a promoção da dignidade da pessoa humana. Com a mudança de função e considerando que a pessoa, e não mais o patrimônio ou a religião, passou a ser o centro da relação familiar, outro elemento surge como o núcleo do modelo atual de família: o afeto. A família passa a ser o espaço para o

desenvolvimento da afetividade.

O afeto foi reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileiras como elemento nuclear. Desse reconhecimento surgiu um novo princípio, o da afetividade. A elevação da afetividade como princípio do Direito de Família atual é o tema que ocupa o próximo item, na sequência da discussão deste trabalho.

2.2 A elevação da afetividade como princípio do Direito de família

Assume-se que a dinâmica social impõe reflexos e influencia o grupo familiar. Segundo Andréa Aldrovandi e Rafael Lazzarotto Simioni (2006, p. 7), ao se observar os processos históricos de organização da sociedade, verifica-se que “as formas de organização da sociedade correspondem a formas idênticas de organização das famílias”.

Na sociedade funcionalmente diferenciada, a família baseada em laços biológicos e religiosos torna-se sem sentido porque é incompatível com a própria diferenciação funcional da sociedade. [...] a forma através da qual a família pôde manter a sua função na sociedade foi a substituição de seus operadores religiosos e biológicos por operadores afetivos. O afeto passa, então, a ser a base que confere a identidade da família como unidade (afetiva) de diferenças (morais, políticas, econômicas, religiosas, de expectativas etc.). E o afeto permite essa unidade porque é um elemento de comunicação generalizado simbolicamente, isto é, pode ser compreendido e reconhecido na comunicação em qualquer contexto social. [...] Em outras palavras, o afeto permite a identificação da família como unidade de diferenças em qualquer contexto sociológico, isto é, permite que a família seja reconhecida como família em qualquer situação, evitando a sua desdiferenciação em relação a outras formas de organização da sociedade (ALDROVANDI; SIMIONI, 2006, p. 11-12).

Segundo doutrina civilista familiarista mais atualizada, o afeto passou a exercer o papel de denominador comum a qualquer núcleo familiar, por ser o elemento que vincula as pessoas que integram esse grupo. Esse vínculo se traduz em plena comunhão de vida e está voltado para o desenvolvimento da personalidade e realização de seus membros. O afeto representa o dado unificador de todas as formas familiares, pois as entidades familiares comungam da função de servir ao desenvolvimento da pessoa. A existência de relação afetiva consubstanciada em comunhão plena de vida, no novo perfil constitucional da

família, passou a representar o principal elemento caracterizador das entidades familiares - qualquer que seja a forma assumida pela família.

Assim, para a maioria dos profissionais que lidam com o direito de família, o afeto está na base das relações da família contemporânea e a afetividade passou a ser aceita como princípio que deve, junto ao da dignidade da pessoa humana e ao da solidariedade, reger e orientar as relações familiares. A afetividade, enquanto princípio, é decorrente da transformação da família e da própria sociedade nas últimas décadas do século XX.

O princípio da afetividade não está expresso na CR/1988, como o da dignidade humana e o da solidariedade, mas pode-se afirmar que é consectário de outros princípios consagrados no texto constitucional, como o da igualdade entre filhos, independente da origem da filiação (art. 226, § 6º), o da convivência familiar (art. 227), da pluralidade familiar (artigo 226) e outros que indicam que os vínculos familiares não mais decorrem somente da biologia ou da religião.

O princípio da afetividade é definido por Lôbo (2008, p. 47) como aquele “que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Pereira chama a atenção para o fato de que, pela dinâmica sócio-histórica, valores surgem e se transformam em princípios jurídicos, como se deu com o afeto. Segundo o autor, do afeto como novo valor jurídico, surgiu o princípio da afetividade, que deve nortear todas as decisões que envolvam as relações familiares. “O princípio da afetividade, associado aos outros princípios, fez surgir uma outra compreensão para o Direito de Família, instalando novos paradigmas em nosso sistema jurídico” (PEREIRA, 2006, p. 851).

Pereira (2006) destaca ainda a importância dos princípios para o Direito de Família, propondo mesmo uma principiologia própria para o Direito de Família atual. Para tal, seleciona sete princípios que considera norteadores de todo e qualquer julgamento ou concepção do Direito de Família, dentre eles o princípio da afetividade.

Todavia, embora a maioria da doutrina civilista mais atualizada defenda a afetividade como princípio, alguns autores questionam o seu conteúdo deontológico,

ou seja, qual o seu “dever-ser”. É pertinente tecer algumas considerações sobre princípios e sua colocação na ordem jurídica.

José Ricardo Cunha, partindo da origem etimológica da palavra “princípio”, indica que a ideia aponta para início e começo, tratando-se da própria gênese da qual tudo decorre, para concluir que os princípios “formam a identidade genética da ordem jurídica” (CUNHA, 2006, p. 34). Sobre o conteúdo dos princípios e sua finalidade, esclarece Cunha:

Ao mesmo tempo em que atuam como condição de possibilidade de compreensão ou entendimento razoável do direito, os princípios também operam no sentido normativo, com natureza deontológica, estabelecendo não apenas proposições, mas prescrições jurídicas. Aliás, tal natureza deontológica já está presente no universo da filosofia moral ou da filosofia política, onde os princípios são associados a preceitos morais ou normas de ação voltadas para uma regulação determinada da conduta ou comportamento humano (CUNHA, 2006, p. 34).

Em paralelo à ideia de princípios, está a de valores e regras. Estas últimas podem ser compreendidas como normas de conteúdo rígido e fixo que obrigam a determinado comportamento, enquanto aqueles primeiros não são considerados como normas e apenas determinam relações de preferência.

Cunha (2006) ressalta que os princípios ocupam duas funções essenciais no sistema jurídico. Pela função *normogenética*, os princípios figuram como “chaves de leitura” do Direito, pois são eles que oferecem a base epistemológica para a interpretação das regras. Pela função *sistêmica*, estabelecem-se como os responsáveis pela coerência e coesão que garantem a unidade do sistema.

Ainda a respeito do conceito de princípios, valores e regras, vale trazer as importantes considerações de Maria de Fátima Freire de Sá, que assim esclarece:

Princípios têm sentido deontológico. É certo que normas válidas obrigam seus destinatários a um determinado comportamento. Valores, por sua vez, têm sentido teleológico, determinando relações de preferência, mostrando que alguns bens são mais atrativos que outros (SÁ, 2005, p. 122).

Para a compreensão de como os princípios devem ser aplicados, Sá parte da análise de três teorias. Na primeira, defendida por Del Vecchio e Bobbio, os princípios eram vistos como normas gerais de um sistema. Assim, “todas as disposições normativas que determinam comportamentos genéricos no Direito, eram

denominadas de princípios para esta primeira corrente” (SÁ, 2005, p. 117). Por não conceituar precisamente o que sejam princípios, a teoria trata-os de maneira incerta, tal como as regras, segundo Sá.

Com fundamento em Robert Alexy, em sua obra *Teoria de los derechos fundamentales*, Sá identifica a segunda teoria. Essa diferencia princípio de regras pela qualidade da norma. Os princípios seriam *mandados de otimização* - ordenando que algo se realize da melhor forma possível - e as regras seriam normas que poderiam ser cumpridas ou não. Uma crítica a tal teoria, como apresentada pela autora, é o fato de Alexy realizar ponderação entre os princípios, quando há colisão entre eles, situação em que entende que se deve aplicar aquele de maior peso na realidade fática e jurídica existente. Sá avalia que a lei de ponderação defendida por Alexy implica em concepção axiológica do direito, pois “se há ponderação, há preferência de um princípio em relação a outro” (SÁ, 2005, p. 122).

A terceira teoria se contrapõe a tal hierarquização entre princípios e é representada pela teoria do *direito como integridade*, defendida por Ronald Dworkin. Apresenta-se o Direito como conceito interpretativo, anotando Dworkin que nas decisões de casos difíceis os juízes devem buscar “em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 2003, p. 305). A questão está em se compreender o que seriam esses princípios e qual o seu conteúdo. Explica Maria de Fátima Freire de Sá:

O conteúdo desses princípios é a moral que transcende as diversas morais individuais e, por isso, trata-se de moral objetiva. Daí a concepção de Dworkin do ordenamento jurídico como *sistema aberto de regras e princípios*. Estes últimos têm o poder de impor deveres e criar direitos, devendo ser aplicados deontologicamente (SÁ, 2005, p. 126, grifo no original).

O cerne da questão, portanto, está na aplicação dos princípios, pois a norma jurídica - aqui envolvendo o conceito de regras e os princípios - deve indicar um comportamento desejado e as consequências para o não cumprimento dessa conduta, enquanto os valores não indicam as consequências jurídicas. Essa ideia possibilita a compreensão da função dos princípios no sistema jurídico. Cunha estabelece níveis de densificação normativa, alocando os princípios em um local intermediário, em uma escala em que os valores ocupam a extremidade inicial e as

regras, a extremidade final. Cunha conclui que “valores, princípios e regras estão imbricados no sistema jurídico, muito embora guardem, cada qual, uma identidade que lhe é peculiar” (CUNHA, 2006, p. 38).

No que tange ao princípio da afetividade, admite-se que não é possível exigir de uma pessoa que dê ou tenha afeto por outra, mas quando se analisa a relação familiar não é mais possível aceitar que apenas fatores biológicos, religiosos ou econômicos definam os seus vínculos ou ditem as regras da relação entre os membros da família.

Nessa esteira, é necessário ainda destacar a força normativa que os princípios ganharam, na ordem jurídica brasileira, principalmente depois da CR/1988.

O Direito Civil sempre foi tido como o disciplinador das relações jurídicas privadas. Nos séculos XVIII e XIX, face aos ideais burgueses e ao liberalismo que imperava na época, os Códigos Civis alimentavam a pretensão de serem o único corpo jurídico a disciplinar as relações privadas. Também no Brasil, o Código Civil de 1916 se organizava com essa pretensão de abrangência e completude.

No século XX, o Direito Civil sofreu profundas intervenções do Estado, que passou a intervir nas relações privadas com finalidades sociais. O Código Civil deixou, então, de ser o único regulador das relações privadas, para dar lugar a leis especiais criadas para regular as relações patrimoniais aos interesses sociais. Três momentos ou perspectivas podem ser visualizados neste contexto histórico, segundo a doutrina de Cunha:

- 1) Na perspectiva do *direito natural*, onde os princípios são tomados como axiomas jurídicos fundados numa ‘ideia de bem’. Essa concepção foi duramente atingida pela ascensão do positivismo, em especial com o advento do processo moderno de codificação e com a Escola da Exegese;
- 2) na perspectiva do *positivismo legalista*, onde os princípios são tomados como fonte meramente subsidiária cumprindo função apenas integradora ou programática. Essa concepção vigorou na maior parte dos séculos XIX e XX e esvaziou a função normativa dos princípios; e,
- 3) na perspectiva do *pós-positivismo*, onde os princípios são tomados como força normativa autônoma e preponderante, cumprindo papel de alicerce do edifício jurídico (CUNHA, 2006, p. 36, grifo no original).

Com o fenômeno da *repersonalização*, a pessoa humana tornou-se o centro da proteção e a ordem constitucional passou a regulamentar as relações jurídicas de Direito Privado, como aconteceu com a Carta Magna de 1988, na qual foram

inseridos valores jurídicos não-patrimoniais.

Anota Tepedino (2003) que daí, três conquistas se estabeleceram na cultura jurídica brasileira: 1) a descoberta do significado relativo e histórico dos conceitos jurídicos, com a relativização de conceitos antes tidos como neutros e absolutos; 2) a superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, diante do surgimento de novos institutos; e 3) a absorção definitiva pelo Texto Constitucional dos valores que presidem a iniciativa econômica privada, a família, a propriedade e demais institutos do Direito Civil, que não mais se circunscrevem ao recesso do privado. Tepedino concluiu, ainda, que não é mais possível compreender as relações jurídicas privadas sem a carga valorativa introduzida pelo Texto Constitucional - fenômeno denominado *constitucionalização do Direito Civil*. O centro das relações privadas se deslocou para a Constituição:

Finalmente, com relação à absorção pelo Texto Constitucional da prerrogativa de disciplinar, principiologicamente, a totalidade das relações jurídicas intersubjetivas, funcionalizando-as em favor da dignidade da pessoa humana, tem-se aqui a inauguração de uma nova ordem pública, no âmbito da qual não se pode afastar o controle da atividade privada (TEPEDINO 2003, p. 122).

Tepedino reconhece a impossibilidade de o legislador regular casuisticamente todas as novas situações jurídicas, frente aos avanços da sociedade. Arremata Tepedino que o legislador deve fazer uso, cada vez mais, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Entra, aí, a eficácia normativa dos princípios, à qual a doutrina atribuíra efeito meramente simbólico.

Lôbo (2008) esclarece que o princípio indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto e que sua incidência depende da mediação concretizadora do intérprete. Por seu turno, Pereira (2006, p. 844) ensina que os princípios “deixaram seu caráter supletório para ocupar o lume e o centro da interpretação normativa”. No Direito Civil e, principalmente, no Direito de Família é que eles se apresentam com maior força e necessidade.

Aceita-se a afetividade como princípio jurídico, a nortear as discussões e decisões envolvendo as questões familiares, porque se fundamenta nas relações socioafetivas e na comunhão de vida que caracteriza a família contemporânea. A afetividade firma-se como princípio, porque, como se viu, os aspectos biológicos,

religiosos ou patrimoniais que definiam a família foram substituídos pelo afeto, pela cooperação e pela solidariedade entre os seus membros. “Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas” (DIAS, 2007, p. 68).

Observe-se que é nas discussões sobre filiação que a afetividade encontra farto campo de aplicação. O Direito não pode, por exemplo, determinar que um pai tenha afeto por um filho, mas a afetividade e solidariedade familiar podem determinar a punição de condutas incoerentes com os deveres decorrentes da paternidade. Pode-se admitir que “buscar fundamentos legais para a justificação da afetividade como base da família é uma operação simples, até porque a afetividade é uma expressão da solidariedade e da dignidade da vida humana” (ALDROVANDI; SIMIONI, 2006, p. 28).

No entanto, ao mesmo tempo em que a família contemporânea se assenta sob os laços de afetividade, uma realidade se depara: nos conflitos familiares o que se apresenta é a falta de afetividade. Aliás, pode-se mesmo afirmar que os reflexos da modernidade trouxeram sérias consequências para as relações familiares na contemporaneidade. A análise empreendida no capítulo a seguir busca demonstrar a complexidade da sociedade e das relações familiares, questões que o Direito precisa continuar a assimilar e a trabalhar.

3 A FAMÍLIA E O DIREITO EM PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

Como se discutiu no capítulo anterior, a família contemporânea evoluiu de uma rígida estrutura patriarcal para uma estrutura baseada na lógica da solidariedade e se tornou: 1) pluralista; 2) local privilegiado para a comunhão de afeto e afirmação da dignidade humana; e, 3) funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da solidariedade e da afetividade, dentre outras transformações que incorporou.

Todavia, a vida moderna acarretou inegáveis reflexos para as relações pessoais, notadamente nos vínculos familiares.

3.1 Família, amor e afeto na modernidade líquida de Zygmunt Bauman

Denis de Rougemont, em trabalho publicado pela primeira vez em 1939, tentou descrever a paixão e o amor romanesco. Mesmo na primeira metade do século XX, o texto de Rougemont já falava de uma crise do casamento, a qual entendia poder ser medida simplesmente pelas estatísticas de divórcio: “É evidente que a atual crise do casamento, na Europa como na América, advém de uma pluralidade de causas próximas e profundas, das quais o culto do romance é apenas um exemplo” (ROUGEMONT, 2003, p. 395). A “crise do casamento” é tanto causa como consequência na estrutura da família, em virtude das alterações políticas, sociais e econômicas experimentadas no mundo e exteriorizadas com mais vigor na segunda metade do século XX:

Nesse sentido, o que se percebe é que uma série de transformações da vida moderna, como a urbanização, a aceleração das exigências de qualificação para o trabalho, o aumento da competitividade nas relações de trabalho, a pauperização da remuneração do trabalho, a informatização e o distanciamento das relações entre trabalhador e empresa [...] trouxeram novos desafios à sociedade que não passariam distantes de afetar diretamente a identidade da família (BITTAR, 2007, p. 13)

A contemporaneidade foi alcunhada por Bauman (2001), sociólogo polonês,

como *modernidade líquida*, caracterizada pelo conceito do que é fluido, uma metáfora para expressar a característica da sociedade e cultura atual, por sua capacidade de alteração e adaptação. A fluidez indica a mobilidade e a impossibilidade de se manter a mesma forma por muito tempo. Bauman trata das transformações da sociedade contemporânea, afetada pela globalização, que se percebe fluída, ou seja, constata que seus valores não são mais tão sólidos como pareciam ser na década de 1960. Sua análise se estende ao relacionamento entre as pessoas, à economia, ao trabalho e ao tempo.

A modernidade líquida, segundo Bauman, afeta a capacidade de amar dos indivíduos e culmina em relações cada vez mais flexíveis. Para Bauman, o “relacionamento é o assunto mais quente no momento”. Chama a atenção para a fragilidade dos vínculos humanos e destaca que as pessoas se perdem entre o desejo de se relacionarem e a dúvida se esses relacionamentos devem ser duradouros ou frouxos. Daí, Bauman fala de um “amor líquido”, próprio da modernidade líquida.

O sentimento do amor e sua flexibilidade é tema das Ciências Humanas há milênios. Filósofos gregos, como Platão, já discutiram a questão com paixão. Na fala de Agatão, em *Um banquete*, Platão evidencia que o amor:

É, pois, o mais novo e o mais delicado; além disso, sua consistência é aquosa. Aliás, não teria aquela flexibilidade onímoda, nem, para começar, poderia, despercebido, entrar em toda alma e sair, se fosse duro. De sua flexibilidade e de sua natureza aquosa uma grande prova é a graciosidade que, no consenso universal, o amor possui em alto grau; a desgraciosidade e o amor se batem numa guerra perene (PLATÃO, s.d., p. 66).

A ideia de que o amor é líquido, portanto, não é nova, mas Bauman, longe de trabalhar uma perspectiva romântica, quer demonstrar as consequências da liquidez do amor líquido na modernidade também líquida.

Afinal, a definição romântica do amor como “até que a morte nos separe” está decididamente fora de moda, tendo deixado para trás seu tempo de vida útil em função da radical alteração das estruturas de parentesco às quais costumava servir e de onde extraía seu vigor e sua valorização. Mas o desaparecimento dessa noção significa, inevitavelmente, a facilitação dos testes pelos quais uma experiência deve passar para ser chamada de “amor”. Em vez de haver mais pessoas atingindo mais vezes os elevados padrões do amor, esses padrões foram baixados. Como resultado, o conjunto de experiências às quais nos referimos com a palavra amor expandiu-se muito. Noites avulsas de sexo são referidas pelo codinome de “fazer amor” (BAUMAN, 2004, p. 19).

Eduardo Bittar acrescenta que no mundo do amor líquido as relações estáveis deram lugar às “conexões rápidas, úteis e disponíveis” (BITTAR, 2007, p. 16).

As implicações dessa situação de fluidez já se podem sentir quando se vê jovens recém-saídos da adolescência levados a constituir família, por conta de gravidez não desejada, e, portanto, inoportuna; filhos provenientes de encontros casuais rejeitados por um dos genitores, ou até mesmo por ambos; número crescente de famílias reconstituídas¹. As marcas dessas mudanças são sentidas na própria estrutura familiar. O casamento, antes a única forma legítima de constituição de família, deu lugar a novos modelos de entidades familiares, hoje amparados constitucionalmente.

Importante assumir no conceito da modernidade líquida o fato que a sociedade atual é marcadamente capitalista e consumista, o que se reflete, inevitavelmente, na cultura e nos relacionamentos de maneira geral.

Destaca Bittar que a sociedade, que ele denomina pós-moderna, pode ser caracterizada como a sociedade da sensação, em que a propaganda e o consumo levado ao extremo são determinantes fundamentais. “Nesse momento, se existem dois modos de vida, o modo ser e o modo ter, o nosso momento é de prevalência do modo ter, para seguir as lições de Erich Fromm² a respeito do tema” (BITTAR, 2007, p. 9). Com a mesma percepção, anota Bauman, que consequência do estilo de vida consumista é o desvanecimento das habilidades de sociabilidade, levando as pessoas a tratarem os outros como objetos de consumo e a medi-los pelo volume de prazer que oferecem. “A solidariedade humana é a primeira baixa causada pelo triunfo do mercado consumidor” (BAUMAN, 2004, p. 96).

Questões externas às relações familiares, como as incertezas geradas pelo instável mercado de trabalho, desemprego e falta de segurança, tornam as condições sociais e econômicas precárias e levam o sujeito a “perceber o mundo como um contêiner cheio de objetos descartáveis, objetos para uma só utilização”, coisificando os demais seres humanos, (BAUMAN, 2001, p. 186). O resultado

¹ “Entende-se por família reconstituída a estrutura familiar originada de um novo casamento ou de uma nova união, depois de uma ruptura familiar, quando um dos integrantes do novo casal, ou ambos, tem filho ou filhos de uma relação precedente” (GRISARD FILHO, 2004, p. 658).

² Bittar faz referência à obra de Erich Fromm, disponível em língua portuguesa: FROMM, Erich. **Ter ou ser?** 4. ed. Tradução Nathanael C. Caixeiro. São Paulo: LTC, 1987.

inevitável é o enfraquecimento e decomposição dos laços humanos. As parcerias passam a ser tratadas como objetos destinados ao consumo, válidas tão somente e enquanto permitirem satisfação do consumidor: “compromissos do tipo ‘até que a morte nos separe’ se transformam em contratos do tipo ‘enquanto durar a satisfação’” (BAUMAN, 2001, p. 187). Bauman compara as relações resultantes como especulares à relação capital e trabalho:

A presente versão ‘liquefeita’, ‘fluida’, dispersa, espalhada e desregulada da modernidade pode não implicar o divórcio e ruptura final da comunicação, mas anuncia o advento do capitalismo leve e flutuante, marcado pelo *desengajamento* e enfraquecimento dos laços que prendem o capital ao trabalho. Pode-se dizer que esse movimento ecoa a passagem do casamento para o ‘viver junto’, com todas as atitudes disso decorrentes e consequências estratégicas, incluindo a suposição da transitoriedade da coabitação e da possibilidade de que a associação rompida a qualquer momento e por qualquer razão, uma vez desaparecida a necessidade ou o desejo. Se manter-se juntos era uma questão de acordo *recíproco* e de *mútua* dependência, o desengajamento é *unilateral*: um dos lados da configuração adquiriu uma autonomia que talvez sempre tenha desejado secretamente mas que nunca havia manifestado seriamente antes (BAUMAN, 2001, p. 171, grifo no original).

Como se altera, em função desta fluidez, a forma de constituição das entidades familiares, por certo, altera-se também a forma de rompimento dos relacionamentos. Hoje, verifica-se com maior frequência os rompimentos dos casamentos que formavam a denominada família legítima - que detinha o caráter da indissolubilidade. No entanto, independentemente da fluidez dos relacionamentos, o rompimento é marcado por traumas e inúmeros reflexos para os envolvidos.

Pode-se dizer que o rompimento unilateral das parcerias é consequência dessa liquidez de que trata Bauman, situação que se reflete nas lides envolvendo a família, como as que deságuam diariamente no judiciário brasileiro. Constata-se que o desengajamento unilateral, em sua maioria, é mal resolvido entre as partes, que buscam, através do processo judicial, uma solução, não só para a questão patrimonial, mas também para o problema da falta de afeto e do desamor:

A arte de romper o relacionamento e dele emergir incólume - com poucas (se é que alguma) feridas infeccionadas que exijam muito tempo para cicatrizar e muito cuidado para se evitar os “danos colaterais” (tais como afastamentos de amigos, ou o surgimento de círculos nos quais não se é bem-vindo ou em que se preferiria não entrar) - bate de longe a arte de *constituir* relacionamentos, pela pura frequência com que se expressa (BAUMAN, 2004, p. 39, grifo no original).

Todavia, as soluções atualmente propostas pelo Direito nem sempre atendem

aos anseios das partes envolvidas num conflito, porque o Direito não ensina as pessoas a lidarem com os rompimentos e suas mazelas. Pelo contrário, o Direito é invocado apenas após o rompimento de uma relação, no momento em que cada parte busca a sua verdade, através de um, geralmente longo e desgastante, litígio judicial. Baumann lembra que em uma batalha, os protagonistas recorrem a qualquer meio para desqualificar o adversário. Para defender sua verdade, não recorrerão certamente à “elegância lógica e ao poder persuasivo de seus argumentos” (BAUMANN, 2004, p. 180). A metáfora da batalha é pertinente e representa bem o estado da situação ao retratar fielmente um conflito de família. É também a perspectiva assumida por outro sociólogo, Axel Honneth, que afirma que a relação afetiva normalmente se encaixa em uma dimensão existencial de luta, como se verá a seguir.

3.2 O amor como forma de reconhecimento na perspectiva de Axel Honneth

Um interessante estudo sobre as relações entre parceiros de interação foi realizado pelo sociólogo alemão Axel Honneth (2003) em sua *Gramática moral dos conflitos sociais: uma análise da forma como os indivíduos e os grupos sociais se inserem na sociedade moderna*. Para Honneth, o esforço investido na construção social da identidade (pessoal e coletiva) assemelha-se a uma luta, a “*Luta Por Reconhecimento*”.

A partir da Teoria Crítica de Theodor W. Adorno e Max Horkheimer e da Teoria da Razão Comunicativa de Jürgen Habermas, Honneth buscou elaborar uma teoria social mais próxima das Ciências Humanas. Para Honneth, interessam os conflitos que tem sua origem em uma “experiência de desrespeito social, de um ataque à identidade pessoal ou coletiva, capaz de suscitar uma ação que busque restaurar relações de reconhecimento mútuo ou justamente desenvolvê-las num nível evolutivo superior”, como esclarece Marcos Nobre (2003, p. 18) na apresentação à obra de Honneth. Por isso, ele vê nas diversas lutas por reconhecimento uma força moral que impulsiona desenvolvimentos sociais.

Segundo Honneth, os indivíduos e os grupos buscam o reconhecimento na sociedade por três formas: amor, direito e solidariedade. Essas estruturas sociais de

reconhecimento dão condições para que os seres humanos criem atitude positiva em relação a si mesmos, implicando em nível de autorrelação prática que, no caso do amor, desenvolve-se através da autoconfiança; no caso do Direito, pelo autorrespeito; e no caso da solidariedade, pela autoestima. Através desses elementos, “uma pessoa é capaz de se conceber de modo irrestrito como um ser autônomo e individuado e de se identificar com seus objetivos e seus desejos” (HONNETH, 2003, p. 266).

Há formas de reconhecimento recusado, que são as experiências de desrespeito social, concretizadas através de comportamentos lesivos pelos quais as pessoas são feridas em sua subjetividade. As formas de desrespeito se caracterizam por maus-tratos e violação, no caso do amor; por privação de direitos e exclusão, no caso do Direito; e por degradação e ofensa no caso da solidariedade. Em função da experiência dessas formas de desrespeito é que se empreende a luta por reconhecimento.

Embora, em sua obra, Honneth trate especificamente das lutas sociais, esclarece que as experiências do amor não levam, por si só à formação ou não de conflitos sociais, mas a relação amorosa está inserida em dimensão existencial de luta. A dimensão fica evidenciada nos conflitos de família, mormente na complexidade da era contemporânea. Essa abordagem é importante, pois o amor como forma de reconhecimento interessa ao presente trabalho. Vale a referência de Honneth à diferenciação desse amor do amor romântico relacionado à atração e à atividade sexual:

Para falar do “amor” não apenas no sentido restrito que o conceito recebeu desde a valorização romântica da relação íntima sexual, recomenda-se primeiramente um modo de emprego neutro o máximo possível: por relações amorosas devem ser entendidas aqui todas as relações primárias, na medida em que elas consistam em ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, segundo o padrão de relações eróticas entre dois parceiros, de amizades e de relações pais/filho (HONNETH, 2003, p. 159).

Para a compreensão do amor como forma de reconhecimento, Honneth investiga a relação afetiva com outras pessoas a partir da teoria psicanalítica das relações de objeto: “o sucesso das ligações afetivas se torna dependente da capacidade, adquirida na primeira infância, para o equilíbrio entre a simbiose e a autoafirmação” (HONNETH, 2003, p. 163). Fundamentado na pesquisa do

psicanalista inglês Donald W. Winnicott³, Honneth observa, através do processo de amadurecimento infantil na interação entre mãe e filho, como ambos aprendem a se amar e a se aceitarem como pessoas independentes. A simbiose característica da dependência entre mãe e filho, presente nos primeiros dias de vida, somente finda quando ambos alcançam um pouco de independência para si mesmos. A solução bem sucedida dessa relação indicará, na vida adulta, o êxito das ligações afetivas com outras pessoas. *In verbis*:

É possível então partir da hipótese de que todas as relações amorosas são impelidas pela reminiscência inconsciente da vivência de fusão originária que marcou a mãe e o filho nos primeiros meses de vida; o estado interno do ser-um simbiótico forma o esquema da experiência de estar completamente satisfeito, de uma maneira tão incisiva que mantém aceso, às costas dos sujeitos e durante toda sua vida, o desejo de estar fundido com outra pessoa. Todavia, esse desejo de fusão só se tornará o sentimento do amor se ele for desiludido a tal ponto pela experiência inevitável da separação, que daí em diante se inclui nele de modo constitutivo, o reconhecimento do outro como uma pessoa independente (HONNETH, 2003, p. 174).

Assim, conclui Honneth, o indivíduo busca o reconhecimento de sua individualidade através da experiência entre dois polos: o poder-estar-só e o estar-fundido, que lhe possibilitam recíproco estar-consigo-mesmo no outro. É por causa dessa experiência e a partir dela que o indivíduo será capaz de se tornar sujeito autônomo e independente, como explica Honneth:

Se o amor representa uma simbiose quebrada pela individuação recíproca, então o que nele encontra reconhecimento junto ao respectivo outro é manifestamente apenas sua independência individual; em razão disso, poderia surgir a miragem de que a relação amorosa seria caracterizada somente por uma espécie de reconhecimento que possuiria o caráter de aceitação cognitiva da autonomia do outro. Que não se trata de algo assim é o que já se depreende do fato de aquela liberação para a independência ser sustentada por uma confiança afetiva na continuidade da dedicação comum; sem a segurança emotiva de que a pessoa amada preserva sua afeição mesmo depois da autonomização renovada, não seria possível de modo algum, para o sujeito que ama, o reconhecimento de sua independência. Uma vez que essa experiência tem de ser mútua na relação do amor, o reconhecimento designa aqui o duplo processo de uma liberação e ligação emotiva simultâneas da outra pessoa; não um respeito cognitivo, mas sim uma afirmação da autonomia, acompanhada ou mesmo apoiada pela dedicação, é ao que se visa quando se fala do reconhecimento como um elemento constitutivo do amor. Toda relação amorosa, seja aquela entre pais e filho, amizade ou o contato íntimo, está ligada, por isso, à condição de simpatia e atração, o que não está à disposição do indivíduo; como os

³ Honneth faz referência à obra ainda não disponível em língua portuguesa: WINNICOTT, Donald W. **Reifungsprozesse und fördernde Umwelt**. Frankfurt, 1984.

sentimentos positivos para com outros seres humanos são sensações involuntárias, ela não se aplica indiferentemente a um número maior de parceiros de interação, para além do círculo social das relações primárias (HONNETH, 2003, p. 178).

O labor teórico de Honneth fornece importantes elementos para o entendimento da realidade social que se referencia neste trabalho. O Direito precisa atentar para a problemática. São vitais estudos que levem à compreensão da forma pela qual os sujeitos viabilizam relações positivas consigo mesmos e da consciência da complexidade das relações frente aos reflexos do “amor líquido” em uma sociedade e um tempo denominados “modernidade líquida”. Assume-se que a afirmação da autonomia, da maneira como desenvolvida por Honneth, pode ser a alternativa válida para se tratar a falta de afetividade e o desamor, assim como outras demandas próprias da modernidade líquida nas relações familiares.

Faz-se necessária, ainda, análise sobre a função do Direito em tal contexto. É o que se pretende desenvolver no próximo item.

3.3 A função do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

A complexidade do mundo moderno tornou-se objeto de estudo privilegiado de outro sociólogo o alemão, Niklas Luhmann (2002), que propôs a redução dessa complexidade através da *Teoria dos Sistemas*. A partir desta teoria, Luhmann procurou aprofundar-se nas raízes do Direito, para tentar explicar sua formação e sobre o seu “dever ser”. O que interessa ao presente trabalho é a descrição de Luhmann da função do Direito e seu aporte reforça a hipótese de que o Direito não está capacitado ou destinado a resolver o problema da falta de afeto.

Luhmann define que há três tipos de sistemas: 1) vivos; 2) psíquicos; e 3) sociais. Centra seus estudos nos sistemas sociais. Tais sistemas têm como operação básica a comunicação. Assim, a redução da complexidade no interior do sistema social se daria por meio da comunicação.

Uma característica de um sistema é a *autopoiese*, conceito que Luhmann empresta das Ciências Biológicas para explicitar que o sistema é constituído apenas de

elementos produzidos internamente, ou seja, “o sistema é aquilo que o próprio sistema produz e reproduz” como explica Lúcio Antônio Chamon Júnior (2007, p. 49). O sistema é operacionalmente fechado, pois se reproduz internamente. No caso do sistema social, comunicação gera comunicação, com a conseqüente manutenção do sistema.

Outra característica do sistema é a *autorreferência* - outro conceito emprestado por Luhmann, desta vez da cibernética - que é a capacidade de se diferenciar do ambiente em seu entorno. O ambiente não opera no sistema e apenas estimula a autopoiese. As situações do ambiente, portanto, provocam certa *irritação* no sistema que, por isso, irá selecionar os elementos para a sua operação e se reproduzir. O fechamento do sistema impede que o ambiente atue sobre ele ou lhe determine algo. O sistema observa, seleciona e opera internamente. A observação é uma operação do sistema, através da qual o sistema seleciona elementos para a autopoiese. Dessa forma, o sistema é autorreferente.

Ao lado da autorreferência, há outra característica que é a heterorreferência. Essa possibilita ao sistema se enxergar como algo diferente do ambiente. Assim, o sistema não é isolado do ambiente. A clausura no sistema diz respeito apenas às suas operações internas, pois o sistema se apresenta aberto ao seu ambiente, abertura que se dá em termos definidos pelo próprio sistema. As comunicações dentro do sistema são orientadas por um código binário que tem um valor positivo e um valor negativo. Esse código é que mantém a clausura do sistema.

As pessoas estão no ambiente do sistema social, mas elas formam outro tipo de sistema: os psíquicos. Enquanto a comunicação é a operação básica do sistema social, o pensamento é a operação do sistema psíquico. Entre os dois sistemas há uma espécie de acoplamento estrutural dentro da sociedade.

Emerge, assim, a complexidade da sociedade: sistemas sociais e sistemas psíquicos, inseridos no mesmo ambiente, cada qual observando e operando com seus próprios elementos e códigos, cada um com sua função.

O Direito, para Luhmann é um sistema que opera, com características próprias, dentro do ambiente social. Segundo Chamon Júnior, Luhmann entende que se deve

[...] compreender o Direito como um sistema, não como um sistema coerente de regras, não como uma ordem de normas orientadas por uma superior (Kelsen), mas antes com uma rede de operações fáticas; operações estas que, sendo sociais, são comunicações (CHAMON

JÚNIOR, 2007, p. 51).

Nessa concepção, pode-se descrever o Direito como sistema diferenciado e enclausurado operacionalmente. Suas operações têm como código a relação binária licitude/ilicitude, ou seja, somente comunicações que utilizam esse código podem estabelecer o que é ou não é direito. As comunicações no campo do Direito, conforme anota Chamon Júnior (2007), têm dupla função: 1) serem fatores de produção e 2) serem conservadoras de estruturas. Dessa definição, aduz-se que o Direito é um sistema histórico. Embora seja um sistema fechado, a abertura no sistema do Direito se dá nos termos definidos pelo próprio Direito, como explica Chamon Júnior:

A clausura operacional não significa somente que se deve manter estáveis as normas jurídicas frente a decepções (expectativa normativa) - isto, enfim, somente pode ser explicado em termos de sequência de operações que gera a própria estabilidade marcada por uma determinada *práxis*. Aqui podemos também ressaltar que, em sentido mais amplo, e também abrangente do anteriormente exposto, a clausura consiste no fato de que a auto-observação se orienta pelo código do próprio sistema, em fim, que no caso do Direito a auto-observação segue o esquema licitude/ilicitude. Com isto, em razão da heterorreferência, pode-se observar através de suas próprias operações um contexto cognitivo que possibilite a modificação de normas - como, por exemplo, quando já não mais sejam aceitáveis determinadas consequências jurídicas, ou ainda mesmo em razão de valorações acerca das normas específicas (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 51).

Luhmann afirma que cada sistema possui função específica que não pode ser cumprida por outro sistema. Por isso se diz que o sistema é funcionalmente diferenciado. A função do Direito tem a ver com expectativas⁴. Para explicar o que seja a função do sistema, Luhmann trabalha os conceitos de complexidade e contingência, levando em consideração que o mundo, ou seja, a realidade, apresenta multiplicidade de potenciais experiências e ações. Pela *complexidade*, se verifica existirem mais possibilidades do que se pode realizar e, por *contingência*, o fato de que as possibilidades podem se realizar de formas diferentes daquelas esperadas. Na prática “complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (LUHMANN, 1983, p. 46).

Entende-se, pois que as experimentações e experiências, através de um

⁴ Tradução livre de “La función del derecho tiene que ver con expectativas” (LUHMANN, 2002, p. 182).

processo de seleção, levam à formação de expectativas com relação ao mundo circundante. O não cumprimento das expectativas, leva ao desapontamento. As expectativas podem ser cognitivas ou normativas. No nível cognitivo, os desapontamentos podem ser adaptados à realidade, porém, no nível normativo, a expectativa persiste. Daí a conclusão de que as “normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos” (LUHMANN, 1983, p. 57). Pode-se assumir, assim, que o sentido da norma é incondicional e independente da satisfação fática - este o sentido do dever-ser da norma, para Luhmann.

A função do Direito pode ser compreendida como a estabilização das expectativas normativas de comportamento. Tal se dá em dimensão temporal e em contexto que se abre para o futuro, que é incerto, pois ainda que frustrada a expectativa, o Direito deve continuar possibilitando a segurança da expectativa (CHAMON JÚNIOR, 2007). Produz, assim, esquema binário: ou as expectativas normativas são cumpridas ou não são cumpridas e o Direito reage de forma diferente em cada uma dessas situações (LUHMANN, 2002).

Como é função do Direito continuar garantindo a segurança da expectativa, há que se questionar como pode o sistema social histórico do Direito cumprir sua função no campo da afetividade. Deve-se ainda problematizar se há ou não conduta normativa exigível do Direito, no caso de separação, em que um dos cônjuges deseja, e o outro não, o término da relação ou se há como assegurar a expectativa daquele que quer prosseguir na relação, ainda que findo o elemento que unia as partes.

Frente a tal problematização, considera-se que Luhmann presta importante contribuição quando chama a atenção para o risco da “juridicização” de alguns conflitos, como o familiar, por exemplo, com riscos de resultados desastrosos. Tal pode ser assim nomeado, porque, paralela à sua função está a prestação que o Direito pode oferecer a outros sistemas sociais, quando este então surge como possibilidade de segurança última. Isso acontece na solução de conflitos em que o Direito pode oferecer subvenção ou equivalente funcional. Luhmann lembra que, em muitos casos, as questões profundas e os motivos do conflito são deixados à margem e, por isso, os efeitos das resoluções em situações conflitivas dificilmente

podem ser controlados pelo Direito⁵.

O pensamento e labor acadêmico de Luhmann alcançam com propriedade o que se apontou neste trabalho, a saber, que o Direito não resolve a questão dos conflitos familiares na perspectiva do afeto. As sentenças em litígios envolvendo a família podem dizer o direito, mas não põe fim ao conflito sociológico instalado entre os membros.

No entanto, a função por si só não basta para descrever o sistema. Esta deve se socorrer do código, que, inclusive, é aquele que permite concluir sobre o fechamento operacional do sistema. O código do Direito é licitude/ilicitude. Nesse esquema, há um valor positivo e um valor negativo. O valor positivo é aplicado quando há coincidência com as normas do próprio sistema. O negativo é atribuído quando se infringe as normas do sistema jurídico (CHAMON JÚNIOR, 2007).

A constatação se houve o cumprimento da expectativa, ou se a conduta esperada não decepciona certa expectativa, é tida por Luhmann como observação de primeira ordem. Quando se observa se a conduta decepcionante está ou não em conformidade com o Direito, disse-se que é observação de segunda ordem (CHAMON JÚNIOR, 2007). O código é que permite a observação de segunda ordem e é indispensável para a operação do sistema. Através dele é que se pode, também, compreender a clausura do sistema. A unidade de um sistema binário pode ser descrita sob a forma de um paradoxo e o código é o que permite o desenvolvimento desse paradoxo.

Nesta linha de raciocínio, Luhmann faz uma reconstrução lógica da auto-poiese do sistema do Direito:

l) da reprodução do que sempre foi construído como licitude no sistema do Direito,

⁵ “Algo similar sucede con la prestación de solucionar conflictos. También aquí la sociedad depende en mucho de que sus sistemas sociales, en caso de un conflicto, puedan recurrir al sistema jurídico. Esto es válido especialmente para el caso de rechazo de expectativas injustificadas y de remitir a los que insisten en ellas a la vía legal. Por otra parte, hay que indicar que el derecho no necesariamente resuelve los conflictos que originalmente eran el centro de atención, sino únicamente aquellos que el propio derecho puede construir. En muchos casos, las estructuras profundas y los verdaderos motivos de los conflictos cotidianos, así como la pregunta de quién fue el que los empezó, se quedan al margen. Por eso mismo los efectos de las resoluciones jurídicas o de los arbitrajes legales forzados, en situaciones conflictivas dadas, difícilmente pueden ser controlados por el derecho. Además el requerimiento de que un conflicto encuentre una solución jurídica puede tener límites estrechos: por ejemplo allí donde los implicados pretenden continuar con sus relaciones y, por eso mismo, recelan de la ‘juridización’ de sus conflictos. Por eso hay tanta violencia física (o psíquica) en las relaciones íntimas de las familias” (LUHMANN, 2002, p. 216).

- surge uma tautologia - licitude é licitude;
- II) ao se introduzir uma negação, surge um paradoxo - licitude é ilicitude - para Luhmann, ambos aparecem em correlação inevitável;
- III) ao se introduzir outra negação, conduz-se a um antagonismo: licitude não é ilicitude - algo ser lícito e ilícito simultaneamente é contradição impedida pela lógica;
- IV) o antagonismo é excluído mediante condicionamentos - programas do próprio sistema jurídico; e
- V) licitude é licitude ou licitude não é ilicitude quando se cumprem as condições do programa jurídico (LUHMANN, 2002, p. 226).

O Código do Direito é indispensável em todas as operações do sistema. Em cada novo caso se realiza a observação de segunda ordem para que haja a determinação de qual lado da díade deve ser atribuído à nova situação identificada no sistema (CHAMON JÚNIOR, 2007).

O programa oferece as condições de aplicação do código, indicando o que é conforme ou não ao Direito. Acrescenta Chamon Júnior (2007) que o código serve como oferta de valores de orientação do sistema, que determina o que é conforme o direito e o que não é. O código do sistema é invariável, mas os programas podem oferecer inúmeras possibilidades de mudança na atribuição de valores. E de fato, a programação do Direito é variável e estabelece condições de como se proceder à atribuição dos valores do código.

Uma reflexão, relativa à afetividade, emerge. Ao se considerar a força normativa dos princípios e a constatação de que a afetividade decorre de princípios inseridos no texto constitucional, pode-se questionar se é ou não adequado indicar que a afetividade, enquanto princípio, faz parte da programação do Direito brasileiro. Além disso, há que se indagar se quando a afetividade não é cumprida e ocorre o desapontamento, tal conduta poderia ser classificada como contrária ao Direito.

No que tange às questões de filiação, como dito anteriormente, a problemática se resolveria com a aplicação das consequências previstas no programa jurídico. Mas se a questão é apenas uma separação, o fim do afeto não poderia ser considerado como contrário ao Direito, o que certamente impediria a aplicação de sanções ao cônjuge que estivesse determinado a abandonar a relação.

Há que se ressaltar que na Teoria dos Sistemas de Luhmann os princípios sequer são considerados como elementos do sistema. Os princípios seriam nada mais que criações dos Tribunais, pois o sistema dotaria o Juiz de poder para resolver os casos não previstos na programação do sistema (CHAMON JÚNIOR, 2007). Nesse viés, se afetividade for considerada um princípio, para a Teoria dos Sistemas sequer seria cogitada como elemento do sistema e as soluções para as questões envolvendo o afeto estariam a cargo do Juiz.

No entanto, como se discutiu anteriormente, a afetividade, enquanto princípio, não é criação dos Tribunais. É consequência da própria evolução da família e reclama novo olhar sobre o conflito familiar. Tal reforça mais uma vez que os estudos teóricos do Direito não conseguem resolver a falta de afetividade.

Um último conceito se faz relevante à discussão: a questão da validade da norma para a Teoria dos Sistemas. Na Teoria dos Sistemas, as operações internas do sistema são conectadas por um símbolo que tem o papel de garantir a unidade. Segundo Luhmann, no sistema do Direito, a validade jurídica é que alcança esse papel (CHAMON JÚNIOR, 2007). A validade conecta as operações anteriores do sistema e por isso está imbricada na questão temporal. Chamon Júnior traduz o pensamento de Luhmann:

Na medida em que a validade simboliza a unidade do sistema que reproduz a si mesmo enquanto unidade diferenciada do ambiente, nitidamente podemos perceber que o símbolo da validade passa a ser anexado às próprias expectativas normativas que são produzidas internamente ao sistema. As normas passam, portanto, a ser qualificadas como válidas, ou não, mas no sentido de uma dimensão temporal, e não em um sentido de legitimidade trabalhado por HABERMAS, v.g. (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 76).

A crítica maior à teoria de Luhmann se deve, justamente, pelo fato de apresentar falhas na explicação de alguns pontos, como por exemplo, a questão da validade e legitimidade do Direito. Acrescente-se o fato de alocar grande discricionariedade ao juiz. Apesar da pertinência dessas críticas, a Teoria dos Sistemas e sua aplicação ao Direito representam alternativa viável de se pensar e observar a sociedade. Tal posicionamento é asseverado por Chamon Júnior (2007) que, inclusive, pontua que a própria Teoria do Discurso de Jürgen Habermas muito deve às contribuições da teoria de Luhmann.

Em suma, os trabalhos de Luhmann se focaram na compreensão da complexidade da sociedade e da realidade, na busca de meios para a redução dessa complexidade. A compreensão do Direito a partir da Teoria dos Sistemas deixa em evidência a dificuldade que o Direito enfrenta ao trabalhar a questão da afetividade, seja pela falta do afeto, seja pelo desamor. Luhmann percebe a dificuldade de se submeter algumas questões ao tratamento jurídico⁶. Compreende que o conflito familiar exige do Direito mais do que a definição do que é direito. Supõe-se, então, que o Direito não possa ou deva resolver o problema da falta de afeto. A discussão desta questão é o tema central do próximo bloco.

⁶ Apesar de explicitar a dificuldade de submeter algumas questões a tratamento jurídico, Luhmann não alija o afeto e o amor de suas reflexões. Em sua obra *O Amor como Paixão* (1991), por exemplo, Luhmann propõe a Teoria do Amor como meio de comunicação, pois se a comunicação no sistema social se dá através de um código, o amor, justamente, poderia ser este código. O pesquisador parte da observação de que, na sociedade moderna, crescem as relações impessoais, ao tempo em que se intensificam as relações íntimas. Tal processo aumenta a improbabilidade da comunicação diante da complexidade do sistema. Torna-se necessário, portanto, a criação de um código capaz de reduzir a improbabilidade de comunicação. Propõe, assim, o amor como esse código. Mas não o amor sentimento, mas o amor como código que possibilita a comunicação.

4 O DIREITO NÃO RESOLVE O PROBLEMA DA FALTA DE AFETO

As transformações da família e as influências da vida moderna nas relações familiares ocuparam boa parte das discussões desenvolvidas até aqui nesta pesquisa. Consignou-se que a família se transformou no local de realização da afetividade e que a urbanização, o consumo desordenado e a globalização deixam reflexos inegáveis na estrutura do grupo familiar, especialmente no que tange às relações cada vez mais flexíveis e líquidas. Os atos de unir em matrimônio, casar ou “ficar junto” passaram a ter o mesmo valor. Da mesma forma, seja o desunir oficial ou a separação não oficial, o rompimento da relação não acontece sem traumas ou dores. A luta por reconhecimento decorre justamente das experiências de desrespeito social e a violação da dedicação afetiva se reflete na autoconfiança da pessoa, que se vê ferida em sua individualidade.

As consequências desse estado das coisas são sentidas no Judiciário. Se a família é o local do afeto, o Judiciário é o local da falta de afeto e do desamor. Um processo de separação litigiosa é mesclado de mágoas e ressentimentos, os quais inevitavelmente dificultarão a resolução do conflito. A manutenção da discussão da culpa na legislação civil faz acirrar ainda mais a contenda, pela necessidade que o ser humano tem de depositar no outro todo o insucesso de suas relações. O conflito de família tem como ponto marcante a questão emocional a reclamar trato diferenciado em relação aos demais conflitos.

4.1 A peculiaridade do conflito familiar

Como bem apontou Eduardo Oliveira Leite, um processo de divórcio desencadeia sentimentos contraditórios e, segundo Judith Wallerstein e Sandra

Blakeslee⁷, citadas por Leite (2008), desenvolve-se em três fases:

- I) a *fase aguda* inicia-se com a escalada da infelicidade dentro do casamento, passando pelo abandono do lar por um dos cônjuges que dá vazão à raiva e à depressão;
- II) na *transição*, adultos e crianças, componentes do grupo familiar, tentam se adequar à nova estrutura familiar e experimentam novos estilos de vida;
- III) na fase da *estabilidade*, a família divorciada se restabelece como nova unidade.

No viés psicanalítico, conforme anota Giselle Câmara Groeninga, o desenvolvimento do ser humano se dá pelo conflito, que é inerente à sua natureza. A resolução se dá, não pelo desaparecimento do conflito, mas por sua transformação. Conclui, com propriedade, ao dizer que “não há dúvida que a metodologia jurídica tradicional é precária para atender a essas e outras demandas” (GROENINGA, 2007, p. 159).

Em estudo sobre o diagnóstico e o tratamento das relações familiares, Nathan W. Ackerman, noutro norte, identifica que os conflitos na família contemporânea ocorrem em três níveis, os quais se sobrepõem: 1) o nível de conflito entre a família e a comunidade em geral; 2) o nível intrafamiliar; e 3) o conflito dentro das personalidades dos membros individuais. Entende que o conflito com a sociedade, no primeiro nível “surgindo de sua adaptação externa insegura espalha-se agravando o conflito intrafamiliar e, por sua vez, afeta as vicissitudes do controle do conflito intrapersonalidades” (ACKERMAN, 1986, p. 124).

Nessas tipologias se podem identificar os conflitos que aportam diariamente no Judiciário. Mas é necessário lembrar que a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado tem por finalidade única aplicar o Direito ao caso concreto e, segundo Luhmann, estabilizar expectativas. No caso da família, a decisão judicial, nem sempre resolve o conflito sociológico existente por trás litígio que é apresentado no processo. O conteúdo psicológico do conflito quase sempre é mascarado por questões de conteúdo patrimonial, financeiro e econômico.

O processo judicial não se preocupa com o momento pós-ruptura e não

⁷ Leite faz referência à obra, disponível em língua portuguesa: WALLERSTEIN, Judith S.; BLAKESLEE, Sandra. **Sonhos e realidades no divórcio**: marido, mulher e filhos dez anos depois. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 35-38.

prepara o casal e os filhos para os desdobramentos decorrentes da separação. Pelo contrário, pelas condições do processo, só faz aumentar o ressentimento e deteriora ainda mais a relação entre as partes. Tal pode ser atribuído ao fato de que “o método do litígio judicial incorpora um sistema inevitável de ataque e defesa, agravado pela necessidade da prova que coloca a nu aspectos muito íntimos da família provocando uma radicalização do conflito” (LEITE, 2008, p. 107).

Segundo a socióloga Maryvonne David-Jougneau⁸, citada por Groeninga (2007, p. 164), a abordagem dos conflitos no judiciário obedece a três lógicas: a lógica da força, a lógica da conciliação e a lógica da mediação. Pela lógica da força, sempre haverá um ganhador e um perdedor, mas pela lógica da mediação, o conflito pode ser observado, inclusive ,em seus aspectos subjetivos. Considerando-se que a aplicação do direito pelos julgadores se traduz na lógica da força, vê-se que esta é incapaz de resolver o conflito sociológico.

É preciso ver o conflito familiar em seu caráter peculiar e buscar formas efetivas de solução, evitando que a mera aplicação do direito provoque o agravamento das relações entre os familiares.

4.2 Análise de decisões

Exemplo da dificuldade do Direito em lidar com o desafeto pode ser verificado nas discussões em relação à guarda e às visitas do genitor que não permaneceu com a guarda, quando se percebe que não há qualquer inconveniente de que este genitor mantenha estreito contato com o filho ou filha. Tais casos são carregados de sentimentalismo e evidenciam que a questão decorre do afeto findo entre os genitores, com reflexos na relação paterno/materno-filial. O Direito, como resposta, apenas fixa a guarda com um dos pais e os horários de visita daquele que não permaneceu com a guarda, em flagrante prejuízo para a criança, que se vê restringida da possibilidade da convivência ampla e salutar com um dos genitores. É

⁸ Groeninga faz menção à obra não disponível em língua portuguesa a respeito de Mediação Familiar: DAVID-JUGNEAU, Maryvonne. *La médiation familiale: un art de la dialectique*. In: BABU, Annie et al. **Médiation familiale regards coisés et perspectives**. Paris: Érès, 1998.

indiscutível que não consegue o Direito restabelecer a comunicação entre os genitores.

Um caso ocorrido em uma das Varas de Família da Comarca de Belo Horizonte pode ilustrar este tipo de situação⁹.

Um jovem casal vivenciou um relacionamento de aproximadamente dois anos, entre os anos de 2002 e 2004, que culminou em gravidez não planejada. O término da relação se deu antes mesmo do nascimento da criança e, desde então, o casal se enfrenta em longa e penosa batalha judicial.

Logo de início, o pai encontrou resistência para registrar a criança e buscou as vias judiciais para fazê-lo, porque a mãe se escondeu com a criança. O registro foi realizado após procedimento administrativo realizado na Vara de Registros Públicos. Em paralelo, a mãe ajuizou ação de impugnação do registro, que não foi levada a cabo, pelo fato de a requerente ter desistido da pretensão.

Resolvida a questão do registro, o pai ajuizou ação para ofertar alimentos e pedir a regulamentação de visitas. Com dificuldade, a ação foi finalizada por acordo entre as partes, em novembro de 2005, com a fixação dos alimentos e dos horários de visitas.

Após a sentença, o pai enfrentou a resistência para realizar as visitas, e, por isso, ajuizou ação de busca e apreensão, vez que a mãe não cumpria o acordo firmado na ação anterior. Essa ação também foi extinta por desistência do pai.

Pouco tempo depois, o pai retornou ao Judiciário para propor modificação de cláusula, para ampliar os horários de visita, inclusive para que a criança pudesse pernoitar com ele nos finais de semana. Ressalta-se que, na época, a criança já estava com quase três anos de idade.

Na audiência de instrução e julgamento desse último processo, realizada em setembro de 2007, quando foi buscado o consenso entre as partes, pode o julgador constatar a resistência materna que impunha série de restrições para a visitação. Ressalta-se o fato da mãe ter se mudado da capital, Belo Horizonte, para um sítio de difícil acesso na periferia. Contudo, ao final de 90 minutos de discussão, a

⁹ Processo nº 0024.06.206535-4 e apensos. 5ª Vara de Família de Belo Horizonte (em segredo de justiça). Os nomes das partes foram preservados.

conciliação foi obtida, estipulando-se os dias e horas para a visitação paterna.

Durante as discussões para a lavratura do acordo, o julgador teve a oportunidade de entrever a questão afetiva, que lhe foi particularmente confessada pela mãe: a gravidez não só não foi desejada pelo pai, como foi veemente recusada e a mãe não aceitava que o pai, que inicialmente rejeitou a criança, pudesse reclamar direitos de convivência.

Todavia, mais um acordo foi homologado e parecia que tudo havia se resolvido. O verbo utilizado é adequado à realidade, pois a pacificação foi apenas aparente. Pouco mais de um mês depois da homologação, a mãe voltou ao Judiciário com outra ação de modificação da cláusula do acordo que sequer chegou a ser cumprido.

É evidente que a mágoa que a mãe nutria contra o pai da criança não foi solucionada em nenhum dos acordos e continuava a impedir a boa comunicação entre os genitores. Em conclusão, nessa altura dos acontecimentos, que certamente ainda não encontraram seu fim, já se lidou com seis ações judiciais propostas. As partes continuam litigando, demonstrando que a solução do conflito está longe de ser alcançada.

Situações como esta são recorrentes nas Varas de Família. A situação entre o casal precisa ser trabalhada a partir de outra perspectiva. A mágoa da mãe, no caso em comento, continuará desempenhando papel fundamental no desenrolar dos acontecimentos, impedindo a comunicação eficaz enquanto não for efetivamente resolvida. E não será a sentença judicial que alcançará tal solução.

Outra situação objeto de discussões é o cabimento ou não de indenização por danos morais em decorrência do abandono moral e afetivo paterno/materno.

Um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)¹⁰, comentado por Maria Celina Bodin de Moraes (2005), demonstra a dificuldade do Direito em lidar com as questões afetivas. Segundo o relator do referido acórdão, “ninguém está obrigado a conceder amor ou afeto a outrem, mesmo que seja filho”, negando a indenização por dano moral pretendida pela filha, autora da ação, que reclamava do abandono afetivo do pai, o réu da ação.

¹⁰ Ap. Cível nº 2004.001.13664. Rel. Des. Mário dos Santos Paulo.

O relator se socorreu até mesmo da antiga distinção entre Direito e Moral para justificar a negativa de indenização, concluindo que “não há norma jurídica cogente que ampare entendimento diverso, situando-se a questão no campo exclusivo da moral”. É exatamente o distanciamento entre o Direito e a Moral que cria dificuldades ao Direito em reconhecer e trabalhar o amor e o afeto, porque, nessa discussão, apontam filósofos e doutrinadores, as decisões devem ser jurídicas e nunca morais.

Na mesma esteira se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹¹ ao julgar recurso especial contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)¹², que reconheceu o direito à indenização por danos morais. Concluiu o relator: “Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.

Não se trata, logicamente, da quantificação do afeto, ou de obrigar alguém a amar, mas de reconhecer que a paternidade/maternidade, ainda que não desejada, impõe responsabilidades aos pais, conforme determina a CR/1988, no art. 226, § 7º. Portanto, “é evidente que a lei não exige que um pai ame seus filhos, mas ela demanda que o pai se comporte como se os amasse, criando-os, educando-os, sustentando-os”, como conclui Moraes (2005, p. 57). Não se trata da construção de uma relação falsa, mas da assunção de compromissos que refletem diretamente na personalidade e na dignidade daquela ou daquele que é abandonado.

Ainda sobre a responsabilidade dos pais, Taísa Maria Macena de Lima (2004) afirma que a palavra tem duas acepções: uma que denota as atribuições conferidas aos pais, pelas normas constitucional e infraconstitucional, e outra que denota o dever de indenizar quando aquelas atribuições não são cumpridas. Conclui Lima que quando há negligência na educação e formação do filho ou da filha, há que se reconhecer o dever de indenizar. Antes de tudo, é preciso conscientizar o genitor, pai ou mãe, da importância das figuras materna e paterna na formação da personalidade da pessoa.

¹¹ REsp. 757411-MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves.

¹² TAMG. Ap. Cível nº 408550. 7. C. Cív. Rel. Juiz Unias Silva.

4.3 Outro olhar sobre o conflito de família

A família patriarcal era indissolúvel e ignorava os vínculos do afeto. Os litígios entre familiares, quando surgiam, encontravam no Direito apenas a proteção patrimonial da família. A família atual é solidária e afetiva e os problemas que deságuam no judiciário atualmente decorrem da falta de afeto e do rompimento dos laços que unem os seus membros, não obstante a elevação do afeto como valor essencial da família contemporânea e do acolhimento da afetividade como princípio aplicável às relações familiares.

A solidariedade familiar e a afetividade, que oportunizam a realização da dignidade pessoa humana, são princípios do Estado Brasileiro, reconhecidos constitucionalmente. Reclamam interpretação mais consentânea com a realidade social vigente.

No entanto, a jurisprudência brasileira, nas palavras de Moraes (2005), é tomada por preconceitos e discriminações. Em consonância a tal constatação, Belmiro Pedro Welter (2006), em interessante artigo fundamentado na Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, propõe novo olhar para a compreensão do Direito de Família moderno:

Para conviver e compartilhar, o ser humano precisa compreender o outro, porque a família, o ser humano tem natureza tridimensional, mergulhados na paz endógena e exógena de solidariedade, de compreensão, de diálogo, do vaivém da palavra, um jeito, um modo, uma circunstância, uma condição de ser e de estar-no-mundo. Se *estar-no-mundo* significa que o ser humano compreende e é compreendido, o *estar-em família* é muito mais do que se entender uns aos outros, é amar-se, é respeitar-se, principalmente em sua diferença ontológica, nessa comunhão plena de vida familiar genética, afetiva e ontológica, isso porque é na família que se instaura o mais puro e autêntico plenário da linguagem, do diálogo e da compreensão do ser humano em sociedade, em família e consigo mesmo. Nessa senda, Gadamer lembra uma passagem de Heidegger, quando ele afirmou que o ser humano “es weltet”, porque ele faz mundo, e isso significa que *‘quien escucha al outro, escucha siempre a alguien que tiene su propio horizonte’* fazendo com que nessa escuta ao outro *“se abre el verdadero camino em el que se forma la solidaridad”*. Essa forma brilhante e manifestamente humanitária de Gadamer visualizar a introspecção da solidariedade, que habita em cada ser humano, pelo simples fato de escutar o outro humano, é para que cada humano *“aprenda a salvar las distancias y superar los antagonismos entre nosotros”* (WELTER, 2006, p. 24).

Para Gadamer (2003), o fenômeno hermenêutico não é problema de método.

Baseia sua afirmação na relação fática entre compreensão e interpretação no âmbito da experiência. O universo hermenêutico é formado pelo modo como os seres humanos vivenciam uns aos outros e como vivenciam as tradições históricas.

Gadamer apresenta o compreender do intérprete como parte de um acontecer que decorre da própria situação que demanda interpretação: “a interpretação não é um ato complementar e posterior ao da compreensão, senão que compreender é sempre interpretar, e em consequência a interpretação é forma explícita da compreensão” (GADAMER, 2003, p. 378).

A compreensão assume o conceito de historicidade, não como método das Ciências do Espírito, pois interpretar não é empenho da ciência, mas porque se procura a experiência da verdade que ultrapassa o campo do controle da metodologia científica. Assim, ao seguir o pensamento gadameriano, anota Ana Carolina Brochado Teixeira, que o Direito não pode, atualmente, ser concebido em visão puramente dogmática. “Ele deve ser pensado em seu acontecer a partir de sua inserção na realidade” (TEIXEIRA, 2005, p. 167). Margarida Maria Lacombe Camargo complementa tal ideia ao ensinar que o direito “não é algo que se apresente indistintamente do sujeito, mas algo que o sujeito histórico vive, de forma a comprometer, inclusive, as suas ações” (CAMARGO, 2003, p. 10) e conclui que a aplicação e interpretação das leis equivalem à situação hermenêutica proposta por Gadamer. Nesta mesma linha, o entendimento do professor italiano Pietro Perlingieri:

O estudo do direito - e portanto também do direito tradicionalmente definido “privado” - não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como poder de referência o homem na sua evolução psicofísica, ‘existencial’, que se torna história na sua relação com os outros homens (PERLINGIERI, 2002, p. 1).

Pode-se afirmar que a solução dos conflitos de família passa, irrevogavelmente, por esse novo olhar, em que o doutrinador e, principalmente, o julgador, buscam a compreensão do fenômeno que se propõem resolver.

Não há como ignorar a dimensão emocional e afetiva envolvida nos rompimentos. É preciso olhar o afeto não com sentimentalismo, mas como elemento

inerente e essencial de todo ser humano, como explicita Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

O afeto, reafirme-se, está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo... O imorredouro afeto. O afeto está na construção; mas também deve estar na ruptura relacional, resguardando as pessoas para além daquela dose certamente incontável de sofrimento que não se pode impedir. E os que estão encarregados de administrar o conflito devem estar comprometidos com o respeito a esse *afeto atávico*. Sem medo. Sem preconceito (HIRONAKA 2006, p. 436, grifo no original).

Por isso, Hironaka convida os familiaristas a superarem o “pré-conceito” e a conhecerem o afeto. Para ela, no momento em que o Direito de Família conseguir dizer o afeto dentro de sua própria doutrina, estará contemplando a pessoa humana no lugar do sujeito de direito.

Neste viés, como destaca Pereira, convém lembrar que a família é uma estrutura psíquica, na qual cada indivíduo ocupa um lugar:

É essa *estrutura familiar*, que existe antes e acima do Direito, que nos interessa investigar e trazer para o Direito. E é mesmo sobre ela que o Direito vem, por meio dos tempos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão (sem esta estrutura familiar na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais que remetem a um ordenamento jurídico (PEREIRA, 2003, p. 14, grifo no original).

Acentua Lôbo (2007, p. 152) que o Direito “não lida com sentimentos e sim com condutas verificáveis, que ele seleciona para normatizar”. A afetividade, como princípio jurídico, passou a integrar o sistema do Direito. Porém, o Direito, embora já a reconheça, ainda não aprendeu a lidar com os conflitos originados da falta desse elemento.

5 A BUSCA DE SOLUÇÕES - A MEDIAÇÃO FAMILIAR E O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA

A solução de conflitos é monopólio do Estado, sendo vedada a justiça privada. Consagra a CR/1988, no inciso XXXV do art. 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Todavia, o Estado demonstra ineficiência no desenvolvimento do seu mister. A morosidade do Judiciário é temática proclamada e reclamada na atualidade brasileira.

Na resolução dos conflitos familiares essa ineficiência do Estado impõe maiores reflexos, porque implica em prolongamento da desavença entre os membros da família.

5.1 Formas alternativas de resolução de conflitos

Não obstante o monopólio estatal da atividade jurisdicional, nada impede o desenvolvimento de técnicas ou instrumentos capazes de solucionar ou prevenir litígios. Formas alternativas de resolução de conflitos são, efetivamente, objeto de pesquisa e análise, dentre elas a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

A negociação é a forma utilizada pelas partes para resolverem seus negócios. Não é necessária a presença de conflito e a consumação da negociação pode mesmo prevenir o conflito. Na realização dessa alternativa, nem sempre há necessidade de intervenção de terceiros, que, em outras formas, assume papel significativo.

A conciliação, por sua vez, é o meio que conta com a participação de um terceiro, que auxilia e conduz as partes na busca da solução do conflito através de um acordo. A conciliação pode se dar em meio judicial ou extrajudicial. Algumas vezes é obrigatória no âmbito do processo.

Na mediação, um terceiro é chamado a conduzir as partes a uma solução do conflito. Esse terceiro não influencia as partes, mas faz com que essas reflitam e busquem, elas mesmas, a melhor alternativa de solucionar o litígio. Essa forma é denominada mediação informal e extrajudicial.

Finalmente, a arbitragem, que tem amparo na Lei 9.307/1996, é procedimento em que o conflito é solucionado por um terceiro, alheio aos quadros do Judiciário, que emite decisão final.

Apontadas as peculiaridades do conflito de familiar, que, como se viu reclamam trato diferenciado, emerge a mediação familiar como alternativa viável e eficaz para lidar com a questão emocional. A mediação possibilita aos envolvidos a reflexão e a discussão a respeito de suas dificuldades e dores, situação que a decisão judicial não é capaz de produzir.

Lembra Groeninga (2007, p. 153) que a mediação é instrumento capaz de emprestar ao “fenômeno jurídico a necessária visão da complexidade inerente ao ser humano”, através da utilização de método interdisciplinar, aceito voluntariamente pelas partes.

Os métodos alternativos de solução de conflitos são objeto de preocupações em todo o mundo. As argentinas Elena I. Highton e Gladys S. Alvarez informam sobre um movimento em favor da resolução alternativa de disputas, o chamado Resolución Alternativa de Disputas (RAD), cujos objetivos, resumidamente, podem ser identificados como:

- I) reduzir a sobrecarga dos Tribunais e reduzir o custo e a demora na resolução dos conflitos;
- II) aumentar a participação da sociedade nos processos de resolução de conflitos;
- III) facilitar o acesso à justiça;
- VI) apresentar à sociedade uma forma mais efetiva de resolução de disputas¹³ (HIGHTON; ALVAREZ, 1995, p. 26).

¹³ Tradução livre de “Los objetivos del movimiento de RAD son los siguientes

- mitigar la congestión de los tribunales, así como también reducir el costo y la demora en la resolución de los conflictos;
- incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos;
- facilitar el acceso a la justicia;

Para Highton e Álvarez, os métodos alternativos de resolução de conflitos estão ligados à busca da justiça, em seu conceito mais amplo. Trariam, inclusive, noção renovada de justiça, como justiça restauradora que se preocupa com os aspectos negativos do conflito e busca remédio para o dano e o sofrimento¹⁴.

Ainda na Argentina, em 1992, o Governo Nacional declarou matéria de interesse nacional a instituição da Mediação. O Decreto 1480/92 criou um Corpo de Mediadores e um Plano Nacional de Mediação, destinado a inserir na consciência social as vantagens do método (CAIVANO; GOBBI; PADILHA, 1997).

No Brasil, tal conscientização começou a surgir em 1995, como se verá a seguir. A cada dia maior número de profissionais se convence de que os meios alternativos de solução de conflitos são possibilidade real de caminho para a pacificação social.

5.2 Mediação: conceito e histórico

O art. 1 do Código de Mediação do Centro Nacional de Mediação da França, define a mediação como:

[...] procedimento facultativo que requer o acordo livre e expresso das pessoas envolvidas, de se engajarem em uma ação (a “mediação”) com a ajuda de um terceiro independente e neutro (o “mediador”), especialmente formado nesta arte (SIX, 2001, p. 287).

Walsir Edson Rodrigues Júnior (2004, p. 55) define a Mediação como “processo informal de resolução de conflitos, em que terceiro imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo”. Verifica-se que a mediação não se presta a resolver o conflito, mas a transformá-lo,

- suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas” (HIGHTON; ÁLVAREZ, 1995, p.26)

¹⁴ Nas palavras das autoras: “La justicia restauradora se relaciona con la noción de restaurar entuertos, de desagrar relaciones o rehacer situaciones como mejor se pueda luego del perjuicio o la acción contraria al bienestar” (HIGHTON; ÁLVAREZ, 1995, p. 36).

“compreendendo-o a partir de sua origem, numa atitude de responsabilidade, tomando a vida nas próprias mãos, sem ter que levar ao Judiciário as questões que só podem ser conhecidas pelos protagonistas de uma relação humana” (BARBOSA, 2007, p. 149).

Do processo participa um terceiro, o mediador, que facilita a comunicação. Importantes são as considerações de Six:

Assim, a mediação, impulsionada por um terceiro, quer fazer nascer o ‘3’, isto é, quer fazer de modo tal que, deste diálogo-confrontação em presença de terceiro, nasça qualquer coisa que não será nem a solução unilateral do primeiro, nem a solução unilateral do segundo, mas uma saída original realizada por um e outro juntos, uma saída que não pertence a nenhum dos dois propriamente, mas aos dois, como uma criança que nasce de dois pais (SIX, 2001, p. 7).

O mediador desenvolve importante tarefa no trabalho da Mediação. É ele quem vai auxiliar o entendimento entre as partes. Espera-se que seja pessoa especializada em resolver conflitos, que atue como facilitador do diálogo. Deve ser imparcial, conduzindo os partícipes sem se deixar envolver por valores pessoais, desempenhando a função de forma equilibrada.

Não se exige do mediador nenhuma formação especial, mas é interessante que tenha noções de Direito e Psicologia e demonstre algumas aptidões, que Rozane da Rosa Cachapuz (2003) definiu como intrapessoais (autoconhecimento, autocontrole, autoestima) e interpessoais (habilidade de compreender e responder adequadamente ao estado de espírito, o temperamento, as motivações e os desejos de outras pessoas).

Historicamente, anota Rodrigues Júnior (2003), que na China de Confúcio, entre os anos de 550-479 a.C., a Mediação já era utilizada quando a regra ideal de comportamento era quebrada, buscando-se solução que evitasse o processo e acomodasse as partes. Leite (2008) lembra que a mediação já era conhecida e praticada pelos gregos e romanos, sendo que, desde 1239, o Tribunal de Águas de Valência, na Espanha, utilizava sistema próprio para mediar os camponeses quanto ao uso da água. Cachapuz (2003) informa que na Roma antiga havia dois procedimentos: Procedimento *in iure* - na presença do Juiz e *In iudicio* - na presença do mediador ou árbitro.

No Século XX, a mediação começa a se firmar. Há experiências como a

dos Estados Unidos, em que, no início da década de 1970, os casos de divórcio, antes de irem para a demanda judicial, precisavam passar pela mediação em busca de soluções, na tentativa de salvar a família. Na Grã-Bretanha, o primeiro serviço de mediação familiar foi fundado em 1978 e, na França, a Lei 95-125 de 8 de fevereiro de 1995 normatizou a Conciliação e a Mediação judiciária (art. 21 a 26 do Código de Processo Civil francês). No Canadá, desde 1981, a mediação faz parte do Tribunal de Justiça como serviço público gratuito oferecido nas disputas familiares decorrentes da separação conjugal, através de equipe interdisciplinar.

A Mediação segue a orientação de dois principais modelos: o estadunidense, em que o instituto se desenvolveu com o objetivo de satisfazer a necessidade de aliviar o Judiciário, preocupando-se prioritariamente com a resolução do conflito. Foca o acordo entre as partes, sem a preocupação com o caráter preventivo. Já no modelo europeu, como o utilizado na França, a prática da Mediação está enraizada e estruturada sob o enfoque da interdisciplinaridade, pois o objetivo é a transformação do conflito. Conforme Barbosa (2007), no caso brasileiro, o modelo que tende a ser adotado é o europeu.

No Brasil, os primeiros passos em direção à adoção da Mediação foram dados a partir de outubro de 1995, quando o Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família (IBEIDF) instituiu comissão temática para estudo da Mediação familiar e o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB) realizou em Curitiba, de 23 a 26 de setembro de 1998 o I Congresso Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Em 1998, a Deputada Zulaiê Cobra apresentou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.827/1998, que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos, a ser adotado ou recomendado pelo Judiciário, seguindo o método francês. Em outra iniciativa, um grupo de juristas, em sua maioria processualistas, coordenados por Ada Pellegrini Grinover, elaborou novo anteprojeto, dessa vez com influência do modelo norte-americano, em que a mediação seria implantada com o objetivo de desafogar o Judiciário. Essa última proposta foi discutida em audiência pública, em 19 de setembro de 2003, surgindo nova versão, com alteração do projeto original, que era de apenas sete, passando para 47 artigos. Esse projeto dá mais ênfase à mediação enquanto conciliação e não como procedimento interdisciplinar. Um substitutivo foi apresentado no Senado e o novo projeto, o de nº 94 de 2002, já

aprovado naquela casa, seguiu para a aprovação do acréscimo na Câmara dos Deputados. Barbosa (2007), no entanto, criticou o novo projeto porque redigido com linguagem que não é da mediação, mas da conciliação.

5.3 Mediação *versus* conciliação: uma importante distinção

Como se percebe, há uma tendência a se confundir o conceito da mediação com o da conciliação. No entanto, são institutos diferentes e com finalidades distintas, embora deles possa surgir, como produto final, o acordo entre as partes.

A Conciliação é o meio de resolução de conflitos em que as partes são conduzidas por um terceiro para a realização de um acordo que ponha fim à desavença. O conciliador influencia diretamente o resultado, pois seu objetivo é a obtenção do acordo. O instituto tem natureza processual e normalmente se desenvolve no curso do processo. A tentativa conciliatória pode ser obrigatória, porque imposta por algumas leis como fase do procedimento.

Em relação à Mediação, que busca a comunicação entre as partes, a Conciliação tem a desvantagem de, muitas vezes, não conseguir estabelecer um diálogo e entendimento entre elas, permanecendo o espírito de contenda.

A atividade do Conciliador visa apenas orientar as partes para as questões legais, vantagens e desvantagens do acordo, intervindo diretamente na realização desse, com o objetivo único de por fim ao processo.

Barbosa (2007) enfatiza que a conciliação é tradição jurídica e não se confunde com a mediação, que necessita ainda ser sistematizada pelo ordenamento jurídico.

É relevante notar que “na conciliação inexistente qualquer preocupação com as causas determinantes do conflito, assim como não se projetam as dificuldades sobre a execução do acordo, pois está voltada ao passado e ao presente, não estando voltada ao futuro” (BARBOSA, 2007, p. 143).

A afirmação de Barbosa pode ser identificada, ao se analisar o que aconteceu, por exemplo, no caso descrito no item 4.2 retro. Mais de uma conciliação

foi obtida entre as partes, mas a questão não foi solucionada e o litígio continuou.

5.4 Mediação - local para o exercício da autonomia

Por ser “processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito” (RODRIGUES JÚNIOR, 2003, p. 299), a finalidade da Mediação é facilitar a comunicação, ao desenvolver a autonomia e responsabilidade das partes para a tomada de decisões.

Para Rodrigues Júnior (2007), aplicar a mediação significa aplicar a autonomia privada, que é materializada no ordenamento jurídico brasileiro pelo princípio da liberdade, nas relações existenciais.

A autonomia é aqui considerada como o poder de autodeterminação e de decidir a própria vida. A autonomia privada é um dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

O conceito de autonomia, historicamente, se liga às situações patrimoniais, nas quais se desenvolveu a princípio como autonomia da vontade, como expressão da liberdade. Interessa ao presente trabalho as situações existenciais, como campo para o desenvolvimento da autonomia privada, face à valorização da pessoa humana.

O princípio da autonomia, apresentado pela dogmática jurídica sob a forma de autonomia da vontade, autonomia pública ou autonomia privada, têm como fundamento comum “a vontade como expressão da razão, que se manifesta na faculdade de autodeterminação” (RÜGER; RODRIGUES, 2007, p. 21).

No âmbito familiar, Perlingieri fala da autonomia em duas direções, externa e interna:

[...] no externo, em relação ao Estado - segundo a perspectiva clássica e certamente atual -, como liberdade de uma peculiar comunidade intermédica; no interno, como liberdade da família, como lugar-comunidade na qual confluem os problemas de seus componentes à procura de uma adequada e autônoma solução. Ambos os perfis da autonomia contribuem para a formação de um quadro dentro do qual individualizar o fundamento e os limites dos direitos dos componentes do núcleo familiar. Com a prevalência da cultura pluralista, a atenção concentra-se quase que exclusivamente nos

problemas internos do grupo, na determinação dos conteúdos das situações subjetivas de cada um (PERLINGIERI, 2002, p. 283).

A autonomia privada, segundo Francisco Amaral (2006, p. 345), “é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício da própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica” e é considerada por alguns autores como uma releitura da autonomia da vontade. Essa seria a valorização da plena liberdade que o ser humano teria para realizar seus negócios jurídicos. Pela autonomia privada, a vontade não seria mais plena, mas funcionalizada e condicionada a fatores e valores externos a ela própria, coerentes com a realidade do Estado Democrático de Direito.

Para Frederico Barbosa Gomes (2007, p. 26), é o exercício da autonomia que dá legitimidade à ordem jurídica, pois somente assim os indivíduos poderão se ver representados nas normas que regem suas vidas, como autores e destinatários delas.

A respeito da estruturação e do exercício da autonomia, Gomes (2007) apresenta três leituras: no plano privado, na dimensão pública e na equiprimordialidade entre o público e o privado. A primeira leitura é de Immanuel Kant¹⁵, que desenvolveu a autonomia apenas no campo privado, certamente sob a influência do Estado Liberal, paradigma de sua época. A segunda leitura citada por Gomes é a de Jean-Jacques Rousseau¹⁶ que, baseado nas ideias do contrato social, enfatiza a autonomia pública. A terceira leitura é de Jürgen Habermas¹⁷, que critica as leituras anteriores e defende que não existe uma sem a outra e sim uma equiprimordialidade entre as dimensões públicas e privadas. A partir dos discursos de justificação e aplicação da norma, nos quais Habermas traduz a complexidade que envolve o seu processo de criação e aplicação, Gomes aponta como Habermas a relaciona com a autonomia: “é possível construir uma ordem jurídica democrática, a partir de uma nova consideração entre a autonomia pública e a autonomia privada

¹⁵ Gomes faz referência à obra disponível em língua portuguesa: KANT, Immanuel. **Kant**. Tradução crítica da Razão Pura por Valério Rohden e Udo Balden Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2000. Coleção: Os pensadores.

¹⁶ Gomes faz referência à obra disponível em língua portuguesa: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Princípio do direito político. Tradução Lourdes Santos Machado.

¹⁷ Gomes faz referência à obra disponível em língua portuguesa: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

e da relação entre direitos humanos e soberania popular” (GOMES, 2007, p. 50).

Chamon Júnior fala de uma codependência entre as autonomias, no estudo entre as relações entre o público e privado:

Em uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito não há que se falar na prevalência do público ou do privado, mas antes numa codependência que não pode ser cortada senão sob o perigo de não se considerar a construção legítima das decisões políticas e da produção do Direito. Neste sentido, portanto, se a autonomia privada se refere a uma seara em que indivíduos reconhecem reciprocamente, e a todos, determinados direitos a fim de possibilitar a construção de um projeto de vida rumo à sua própria, e individual (privada) autorrealização ética - inclusive reconhecendo âmbitos para o agir estratégico - a autonomia pública, por sua vez, é referente a um campo aberto às discussões, enfim a um espaço discursivo aberto em que, também aqui, reconhecem-se, a todos, direitos de igual inserção nos debates. Assim é que fica estabelecida uma codependência entre autonomia pública e a privada (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 166).

Conclui Gomes (2007, p. 52) que a discussão sobre a autonomia é que será capaz de permitir “visão renovada não apenas da prática jurídica e judicial, mas trabalhar um conceito renovado de Direito, de legitimidade de democracia, tripé este essencial para a construção e efetivação do paradigma do Estado Democrático de Direito”.

Nesse contexto, vale lembrar que na elaboração da Teoria do Discurso, na discussão entre faticidade e validade, Jürgen Habermas partiu da Teoria da Ação Comunicativa (*Theorie des Kommunikativen Handelns*) que fala de duas ações desenvolvidas no que ele chamou de “mundo da vida”. A ação instrumental ou estratégica é orientada para obtenção de determinados fins. A ação comunicativa é orientada para o entendimento e o diálogo entre as partes. Habermas fala, então, do agir comunicativo:

[...] quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um *acordo* existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas. [...] O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que *manifestamente* advém graças a uma intervenção externa não pode *ser tido na conta* de um acordo (HABERMAS, 1989, p. 165, grifo no original).

No desenvolvimento da Teoria da Ação Comunicativa, Habermas divide a sociedade em mundo sistêmico, no qual prevalece o poder e o dinheiro, e mundo da vida, no qual prevalece a linguagem e a comunicação. Da interação entre o mundo

sistêmico e o mundo da vida, processo que Habermas chamou de *colonização* e na supremacia que o mundo sistêmico tem imposto sobre o mundo da vida, conclusivas são as anotações de Lília Maia de Moraes Sales, na compreensão da teoria habermasiana:

As sociedades modernas são compostas desses dois mundos que se interpenetram e dependem, em princípio, um do outro. Diante da falta de diálogo entre os membros da sociedade e de pouca participação social nas ações governamentais, permanecendo os indivíduos passivos diante dos acontecimentos sociais, políticos e econômicos, o mundo sistêmico tem prevalecido sobre o mundo vivido. Percebe-se, portanto, a colonização do mundo vivido pelo mundo sistêmico. O dinheiro e o poder determinam condutas humanas sem que essas determinações sejam ao menos contestadas. A passividade da sociedade está permitindo a expulsão da ação comunicativa do seu *habitat* natural, como a família, as associações de bairro, sindicatos, instituições sociais e religiosas (SALES, 2004, p. 174).

Cabe anotar que é a partir dessas considerações que Habermas desenvolve a discussão em torno de qual seria o papel do Direito na sociedade. Mas interessa, neste momento, saber que a ação comunicativa tem papel significativo na construção de um consenso, teoria aplicável à proposta da mediação.

Com base na ação comunicativa, Sales (2004) fala da mediação comunitária como instituto democrático e defende a criação de espaços criados pela sociedade, que representem esferas de discussão e comunicação, como local para o exercício da cidadania e de democracia. Em sua obra, Sales informa sobre, as “Casas de Mediação Comunitária”, interessante experiência no estado do Ceará, em que a mediação é desenvolvida entre pessoas de bairros de periferia. Conclui a autora que:

A mediação representa a efetivação do diálogo e o estímulo à ação comunicativa. Em função da comunicação (discurso de igualdade) estabelecida nas casas de mediação, estas passam a configurar espaços que aproximam o mundo vivido do mundo sistêmico (econômico e político), possibilitando a participação dos indivíduos nas decisões da sociedade e mitigando a exclusão social (SALES. 2004, p. 192).

Tanto nos sistemas da *Common Law* como em outros sistemas jurídicos, há inúmeros centros especializados em mediação familiar. Essa mediação apresenta características próprias devido ao seu particular dimensionamento psicológico, conforme Maria de Nazareth Serpa (1998).

Assim, a Mediação aparece como alternativa válida para a solução de

conflitos familiares, por ser espaço em que a autonomia privada pode ser exercitada pelas partes e em que as partes podem desenvolver a comunicação que leva ao consenso. Os envolvidos, no exercício da autonomia privada e da comunicação, passam a fazer parte da construção da decisão, sem esperar que o Direito e o Judiciário ditem o rumo de suas vidas.

5.5 O papel do profissional do direito nos conflitos de família

Quando se instala um conflito familiar, o que as partes desejam, antes de buscarem resposta às questões legais, é algo como solução curativa para suas dores. Leite (2008) aponta que o Advogado, quando procurado, dispõe de dois caminhos: ou tentar a composição das partes através de atividade mediadora ou a instaurar a lide judicial, o que implicará no fechamento dos canais de comunicação. As partes, por sua vez, depositam no profissional todas as suas esperanças e delegam a eles total poder para resolver os seus problemas. Serpa explicita que:

Estudiosos de psicologia afirmam que quando cônjuges iniciam um processo de divórcio apresentam baixo grau de auto-estima, variando rapidamente de estado de espírito (raiva, depressão, ansiedade). Além disso, contam com o mínimo de conhecimento sobre os aspectos legais do processo que estão por iniciar. Como resultado são extremamente susceptíveis a sugestões. Além disso as pessoas envolvidas nesse processo demonstram limitações na sua capacidade física psicológica e mental. A casuística americana qualifica essas pessoas como relativamente irresponsáveis por seus atos na vida civil a exemplo de pessoas sob efeito de drogas. Advogados responsáveis por um processo de divórcio são considerados a última ajuda e são visto com protetores de seus clientes. Consciente ou inconscientemente, no afã de serem tuteladas, as pessoas em processo de divórcio delegam total responsabilidade e poder a seus advogados para intervir e resolver seus problemas (SERPA, 1998, p. 48-49).

O Direito de Família requer profissionais vocacionados e conscientes das particularidades de sua lide. Especialmente porque o papel do advogado é conscientizar as partes e facilitar a comunicação, devolvendo-lhes o poder decisório (SERPA, 1998). É preciso transformar a cultura jurídica de ataque e da defesa, substituindo-a por atividade mediadora.

Os profissionais do Direito precisam se atentar para as peculiaridades do

conflito familiar na realização dos seus misteres. Marcelo Cattoni Oliveira (2002) explicita que em uma ordem constitucional como a brasileira de 1988, com o paradigma do Estado Democrático de Direito, a consciência hermenêutica e a responsabilidade ética são exigidas dos profissionais jurídicos.

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira fala de um “tripé” jurídico formado por Juízes, Promotores e Advogados, como os operadores sobre os quais a Justiça se sustenta. Para ela, os componentes deste tripé, ao utilizarem as fontes de Direito, participam da construção da Justiça (CEZAR-FERREIRA, 2004). Obviamente essa justiça extrapola a lógica simples da aplicação do Direito. Mais que isso, exige a interpretação consentânea com as realidades sociais e alinhada com a busca da paz e do bem-estar social. Cezar-Ferreira proclama que o Juiz de família tem que ser sensível, como o Advogado, o Promotor, o Psicólogo e todos os que labutam nesta seara. A própria ordem jurídica impõe essa sensibilidade, pois a dignidade da pessoa humana é seu fundamento e toda a atuação profissional deve ser consentânea com esse princípio.

A par de lidar com conflitos que têm dimensão psicológica, não seria por demais utópico exigir dos profissionais familiaristas formação diferenciada, com conhecimentos que ultrapassem as questões puramente jurídicas. A interdisciplinaridade é inerente à proposta da Mediação. Como bem salienta Serpa (1998, p. 47), o profissional consciente de que deve prestar às partes cooperação, irá “propiciar mais facilidade para o retorno ao incentivo de vida e seu consequente bem-estar”.

Para concluir, conforme se constatou nos capítulos anteriores, o núcleo familiar se tornou o espaço para o desenvolvimento da afetividade e local para afirmação da dignidade da pessoa humana. Todavia, os reflexos da modernidade, em que seus valores sólidos se liquefizeram, trouxeram sérias consequências para as relações familiares na contemporaneidade.

Procurou-se demonstrar que o conflito que surge no seio da família decorre da falta ou término do afeto e que as partes, quando buscam, fazem-no na expectativa de encontrar solução para suas perdas, dores e sentimentos. Nesse contexto, é preciso mostrar aos envolvidos em conflito de família que o Direito é incapaz de resolver suas mágoas e ressentimentos. A mediação, portanto, é um dos

instrumentos que se firmará como meio capaz de ensinar as partes a lidarem com essas dificuldades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta desta pesquisa surgiu da observação e análise da prática nas Varas de Família, em que se verificou número elevado de execuções¹⁸ e de pedidos de modificações de cláusulas dos acordos como característica marcante dos processos envolvendo os litígios de família. Constatou-se, também, que essas ações são ajuizadas com grande rapidez, ou seja, pouquíssimo tempo depois de proferida a sentença que deveria ter posto fim ao litígio.

Acredita-se que a compreensão e a análise dessa situação sejam do interesse do profissional sério e dedicado ao Direito de Família, que visualiza o conflito de família em sua integralidade, não apenas em seus aspectos legais e jurídicos, mas também como fenômeno social e psicológico. Afinal, no quadro diagnosticado aqui, esse profissional não alcança o desfecho do litígio, porque, na maioria dos casos, as partes retornam para rediscutir a questão que antes parecia resolvida.

Há que se considerar que o Direito de Família tem característica diferente dos demais ramos do Direito, porque os conflitos envolvendo as questões de família lidam com o elemento emocional proveniente dos elos de afetividade que ligam seus membros.

No desenvolvimento deste trabalho, procurou-se evidenciar que as decisões judiciais põem fim ao processo, mas não resolvem a lide sociológica e afetiva existente entre os envolvidos. A hipótese é de que o Direito não resolve o problema da falta de afeto.

A partir dessa hipótese, a pesquisa se iniciou com a verificação das alterações da estrutura familiar, desde o modelo patriarcal até o atual modelo solidarista. Constatou-se que a família patriarcal deu lugar à família igualitária e afetiva baseada na comunhão plena de vida entre seus membros. Nessa família solidária, identificou-se o afeto como o elemento capaz de dar ao núcleo familiar a

¹⁸ A execução é um processo cuja finalidade é obrigar a parte ao cumprimento do que ficou determinado na sentença judicial.

condição de realização da dignidade da pessoa humana.

Do afeto como elemento nuclear da família atual emergiu o princípio da afetividade, aceito pela maioria dos doutrinadores civilistas e pela jurisprudência, como o princípio que deve nortear todas as decisões envolvendo a família. Assumiu-se a afetividade como princípio por não ser viável hodiernamente aceitar que apenas fatores biológicos, religiosos ou econômicos definam os vínculos familiares ou ditem as regras da relação entre os membros da família. Embora a afetividade, aceita como princípio, resolva satisfatoriamente algumas questões, como, por exemplo, no campo da filiação, uma questão permaneceu: a carência ou restrição do afeto, manifesta nas ações judiciais envolvendo a família, não é solucionada pelo Direito.

A opção da pesquisa pela análise da família em perspectiva sociológica teve o objetivo de diagnosticar as influências do consumismo e da globalização nas relações pessoais e familiares, responsáveis pela transformação dos valores da família. Buscou demonstrar também como a experiência de desrespeito remete os membros da família para uma dimensão existencial de luta. No campo do Direito, a partir da discussão sobre a função mesma do Direito, a ferramenta sociológica deixou em evidência a dificuldade de submeter algumas situações a tratamento jurídico.

A apresentação de realidades concretas que desfilaram no Poder Judiciário brasileiro teve por finalidade demonstrar a dificuldade do Direito em resolver a questão afetiva, como anteriormente acentuado. Assumiu-se que a decisão judicial, por mais bem elaborada que se apresente, por maior que seja o apuro técnico empenhado em sua formulação, não consegue atingir o âmago da questão: os sentimentos das partes envolvidas. A sentença será inevitavelmente letra fria que não se imporá aos envolvidos se esses não a aceitarem como verdade capaz de mudar os rumos de suas vidas.

Diante dessa realidade, na busca de proposta viável para a solução da falta de afeto, optou-se por apresentar a mediação como instrumento hábil a resolver o conflito de família, por sua capacidade de trabalhá-lo em várias dimensões. A mediação possibilita às partes o exercício da autonomia, na construção de uma decisão que interesse a ambas e que resolva o litígio sociológico instalado entre elas. Acredita-se que a mediação se firmará, no futuro, como meio eficaz para a

solução dessa espécie de litígio, seja no âmbito judicial, seja no âmbito extrajudicial. Não é utopia aceitar que a atividade do mediador se consolidará como nova profissão, de cujos profissionais se exigirá formação diferenciada, com conhecimentos jurídicos, psicológicos e sociológicos, dentre outros.

O presente trabalho não teve a pretensão de apresentar uma solução para o Direito lidar com a falta de afeto. Seu principal objetivo foi justamente fundamentar esta constatação e alertar aos juristas, doutrinadores, julgadores e educadores para o fato de que o Direito de Família é diferenciado e que os profissionais que atuam nessa área devem ter o cuidado de olhar os envolvidos de forma integral, ou seja, em todas as suas dimensões, como pessoas humanas, não apenas sujeitos de direitos, mas pessoas dotadas de sentimento e atingidas em suas intimidades e sensibilidades pelo conflito familiar.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN Nathan W. **Diagnóstico e tratamento das relações familiares**. Tradução Maria Cristina R. Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1986.

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O Direito de Família no Contexto de Organizações Socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 34, p. 05-30, fev./mar. 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARBOSA, Águida Arruda. Estado da Arte da Mediação Familiar Interdisciplinar no Brail. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 40, p. 140-151, fev./mar. 2007.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Cap. 2, p. 29-39.

BAUMAN, Zygmunt Bauman **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BAUMAN, Zygmunt Bauman. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. Família, Sociedade e Educação: um Ensaio sobre Individualismo, Amor Líquido e Cultura Pós-Moderna. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 00, p. 07-25, out./nov. 2007.

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y**

mediación. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação:** uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação:** uma visão psicojurídica. São Paulo: Método, 2004.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade:** incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Tradução José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano:** o direito romano e o direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUNHA, José Ricardo. Sistema aberto e princípios na ordem jurídica e na metódica constitucional. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da constituição de 1988.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 21-42.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Escritos de direito de família.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil:** atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GADAMER, Hans-Geor. **Verdade e método I**. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Maranta Malheiros. Lisboa: Fundação Caluste Gulhenkian, 1995.

GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o Estudo da Autonomia Privada no Âmbito do Direito. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 25-54.

GRISARD FILHO, Waldir. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 657-673.

GROENINGA, Gisele Câmara. Mediação Interdisciplinar: Um Novo Paradigma. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 40, p. 152-170, fev./mar. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixe e Afetos. Um devaneio Acerca da Ética no Direito de Família. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V. **Anais ...** São Paulo: IOB Tompson, 2006. p. 425-437.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LEITE, Eduardo Oliveira. A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7: Grandes temas da atualidade, p. 105-141.

LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIMA, Taísa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Cap. 2, p. 621-631.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 00, p. 144-159, out./nov. 2007.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamerica, 2002.

LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão**: para a codificação da intimidade. Tradução Fernando Ribeiro. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano VII, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005.

NOBRE, Marcos. Apresentação. Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a teoria crítica. In: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo. Ed. 34, 2003. p. 7-19.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. In:

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V. **Anais ...** São Paulo: IOB Tompson, 2006. p. 844-851.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLATÃO. Um banquete. In: PLATÃO. **Diálogos**. 9. ed. São Paulo: Cultrix, [s.d.].

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 17 fev. 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A mediação como forma alternativa de efetivar o acesso à justiça**. 2004. 257 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação. In: FIÚZA César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 293-331.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O exercício da autonomia privada na dissolução da sociedade conjugal. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 179-208.

ROUGEMONT, Denis de. **A história do amor no ocidente**. Tradução Paulo Brandi e Ethel Brandi Cachapuz. São Paulo: Ediouro, 2003.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 3-24.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIÚZA César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-130.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 371-394.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. A Compreensão dos Preconceitos no Direito de Família pela Hermenêutica Filosófica. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano VII, n. 38, p. 05-25, out./nov. 2006.