



FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E ACESSO À JUSTIÇA NA LEITURA DO DIREITO CIVIL, PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL

CONTEMPORARY FAMILY AND ACCESS TO JUSTICE IN THE READING OF CIVIL, PROCEDURAL AND CONSTITUTIONAL LAW

IVAN APARECIDO RUIZ

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM (1984), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR (1996) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2003). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL (2013). É professor associado da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR). É professor pesquisador visitante sob orientação na Universidade de Camerino – UNICAM (Università degli Studi di Camerino). É membro integrante (cadeira 2) da Academia Paranaense de Direito (APD). <http://lattes.cnpq.br/8393076707737696>. (<https://orcid.org/0000-0002-8368-342X>)

RESUMO:

O presente artigo analisa a família contemporânea sob a perspectiva do direito civil, processual civil e constitucional, destacando a centralidade da Constituição como eixo interpretativo de todo o ordenamento jurídico. Parte-se da compreensão de que o Estado Democrático de Direito impõe a observância dos direitos e garantias fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, como parâmetro para a releitura das relações privadas, inclusive familiares. Nesse contexto, evidencia-se a superação da dicotomia entre direito público e privado, reconhecendo-se a unidade do sistema jurídico e a incidência direta dos princípios constitucionais nas relações civis. O estudo aborda as transformações históricas do conceito de família, que evoluiu de um modelo patriarcal e matrimonializado para uma concepção plural, fundada em valores como igualdade, liberdade e afetividade. Examina, ainda, o papel do direito processual civil na concretização do acesso à justiça, compreendido não apenas como acesso ao Poder Judiciário, mas como acesso a uma ordem jurídica justa. Nesse sentido, destaca-se a mediação como instrumento adequado e eficiente para a resolução de conflitos familiares, por privilegiar soluções consensuais, céleres e menos traumáticas. Conclui-se que a interpretação do direito de família deve ocorrer à luz da legalidade constitucional, promovendo a efetivação dos direitos fundamentais e a pacificação social por meios adequados à complexidade das relações familiares contemporâneas.

Palavras-chave: família contemporânea; acesso à justiça; dignidade da pessoa humana; constitucionalização do direito civil; mediação.

1 INTRODUÇÃO





O presente texto tem por objetivo discorrer acerca da *Família contemporânea e acesso à justiça na leitura do direito civil, processual e constitucional*. Para tanto, buscar-se-á fazer uma breve exposição, inicialmente, sobre a Constituição do Estado, do conteúdo do direito civil, no que se refere a família, e do processo civil, no que tange à solução dos conflitos de interesses (lides), numa leitura dos direitos e garantias fundamentais na legalidade constitucional envolvendo estes temas, adentrando-se, ao final, na questão do acesso à justiça, com destaque sobre a mediação.

2 O ESTADO, A CONSTITUIÇÃO E OS REFLEXOS DESTA NOS DEMAIS RAMOS DO DIREITO, EM ESPECIAL NO DIREITO CIVIL

É básico no estudo da Teoria Geral do Estado, para alguns doutrinadores, com uma certa divergência, Ciência Política¹, que um Estado possui alguns elementos que são indispensáveis: povo, governo, território e soberania. É que com a formação do Estado moderno, diversamente do que ocorria na sociedade medieval (que se caracterizava por ser uma sociedade pluralista, com vários agrupamentos sociais, cada um estabelecendo seu ordenamento jurídico), a sociedade atual assume uma estrutura monista, colocando em primeiro lugar o poder de criar direitos². Tendo-se em vista os objetivos deste texto, não se adentrará na análise destes elementos. Todavia, se faz necessário uma breve incursão sobre a Constituição de um Estado.

Atualmente, nos estados democráticos de direito, o documento jurídico Constituição, como Lei Maior de um determinado país, se encontra, hierarquicamente, acima das demais espécies normativas previstas no processo legislativo³, e é editada por um poder competente, para criar a organização do Estado, dispendo não só sobre

¹ Sobre o ponto, ver C. DE CICCIO, *Teoria geral do Estado e ciência política*. Cláudio De Cicco, Álvaro de Azevedo Gonzaga. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 22.

² Cf. N. BOBBIO, *O positivismo Jurídico*, Lições de filosofia do direito compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995, p. 27.

³ No Brasil, o processo legislativo está previsto no art. 59 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/1988). Neste texto constitucional, há uma divisão entre as matérias legislativas de competência da União, dos Estados e dos Municípios. Na Itália, com as suas peculiaridades, a Constituição da República Italiana cuida da formação das leis, na Seção II (arts. 70 a 82), prevendo as seguintes espécies normativas: leis, medidas provisórias, em casos extraordinários e de urgências, decretos, leis eleitorais (art. 117), leis constitucionais (art. 138), cabendo ao Estado o poder legislativo nos assuntos estabelecidos nas alíneas do art. 117.





a sua estrutura e forma, da organização de governo, mas, precipuamente, para disciplinar a convivência das pessoas no seu território, estabelecendo normas, regras, princípios e, principalmente, a respeito dos direitos e garantias fundamentais.

Pela “teoria dos deveres de proteção”, o legislador, na elaboração das leis, dever levar em conta no exercício de suas funções legislativas típicas a proteção dos direitos e garantias fundamentais, que, em última análise, estão ancorados nos direitos humanos, uma vez que estes têm uma dimensão mais abrangente⁴, dispondo sobre os limites à liberdade negocial nas relações privados⁵. Ao aceitar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, torna-se imperioso que as regras de direito privados sejam interpretadas na legalidade das normas e princípios constitucionais que os consagram.

Assim, uma vez instituído o Estado Democrático, por força de uma Constituição, como no caso do Brasil, está ele destinado a assegurar o exercício dos direitos fundamentais, individuais e sociais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos dessa sociedade, que deve ser fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, comprometida na ordem interna e, também, internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Aliás, Clovis Bevilacqua já afirmava que: “É certo que todo o direito de um povo se move, necessariamente, dentro de um círculo da sua organização política. As Constituições são fontes primárias do direito positivo”⁶.

A Constituição, por ter natureza de um texto sintético, e não ser a sua missão estabelecer as normas do convívio social, em detalhamento, em pormenores, porquanto deve limitar-se as normas fundamentais, básicas, amplas, o que se tem observado é que muitas vezes o legislador constitucional estabelece normas constitucionais de forma analítica. É o que se presencia em muitas Constituições, ou seja, um tratamento bastante vasto a respeito do direito civil (em especial do direito de família) e do direito processual civil, além de outros, *v.g.*, do direito da criança, do

⁴ A respeito dos direitos humanos e direitos fundamentais, origens, conceituações e distinções, fundamentação, vide P.C.S. BEZERRA, *Temas atuais de direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl., Ilhéus, Editus, 2007, p. 13 s.

⁵ Sobre esta teoria dos deveres de proteção, confira-se I.P. DO VALE, *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado*, em *Revista de Direito Privado*, Ano 11, n. 44, out.-dez./2010, p. 67 s.

⁶ C. BEVILAQUA, *A Constituição e o Código Civil* (Conferência pronunciada pelo Professor Clovis Bevilacqua em Fortaleza), em *Revista dos Tribunais*, v. 97, set./1935, p. 31.





adolescente, do jovem e do idoso, do direito do consumidor, direito ambiental, direito previdenciário, direito do trabalho.

Esse tratamento ocorre, com a edição de novas leis, regulamentando um direito novo, porque ainda não disciplinado, ou modificando um direito já existente, justamente porque o direito não é uma ciência estática, mas, sim, dinâmica, pois a sociedade, como o passar dos tempos, está em constante modificação, por razões ou fatores os mais diversos, ou seja, pelos aspectos culturais, científicos e tecnológicos, econômicos etc. Se a realidade social se modifica, o ordenamento jurídico também deve se adaptar a essa nova realidade social, acompanhando-a.

Não é por outra razão, que Pietro Perlingieri afirma que “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”⁷.

Com essas alterações na legislação e em face da supremacia da Constituição, principalmente com a inclusão dos direitos e garantias fundamentais, muitos de seus princípios e normas acabam adentrando em tratamento que, até então, ficavam limitadas no ambiente, por exemplo, do direito civil. Surge desta forma o que a doutrina passou a cuidar como a constitucionalização do direito civil, onde se reconhece a força normativa da Constituição e de sua eficácia nas relações jurídicas de direito privado, independentemente da legislação infraconstitucional, e a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais nas relações intersubjetivas, o que tem sido acatado pelos tribunais, como se constata, inclusive, de decisões do Supremo Tribunal Federal, tudo diante dessa linha evolutiva, afastando a tão propalada e conhecida dicotomia direito público e direito privado⁸. Portanto, encontra-se diante da Constituição, como a lei maior de um Estado, projetando seus reflexos para todo o

⁷ P. PERLINGIERI, *Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, tradução Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 1.

⁸ Cf. G. TEPEDINO, *Normas constitucionais e direito civil: a recente experiência brasileira*, em *Revista da Faculdade de direito da Universidade do Porto – RFDUP*, Ano XVII-XVIII, 2020-2021, p. 404 s., discorrendo acerca do debate sobre a constitucionalização do direito civil, no Brasil, inclusive trazendo decisão do Supremo Tribunal (STF), de 2005, onde este deixa claro o entendimento de que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionadas também à proteção dos particulares”. Também nessa mesma compreensão, A.M. GODOY, *Do pátrio poder ao pátrio dever, considerações sobre uma migração conceitual: a paternidade responsável*, em R. LOTUFO, (Coord.), *Cadernos de autonomia privada*, Caderno 2. Curitiba, Juruá, 2001, p. 43 acrescentando que “[...] A modernidade vem se afastando de perspectivas jurídicas de epicentro privatístico, repelindo conceitos vetustos, [...] e que “O Estado não é (e nem pode ser) mais uma figura abstrata e distante, velando, qual guarda noturno, pelas liberdades econômicas dos burgueses, [...]. Os superiores cânones do Direito Constitucional fornecem os paradigmas para o Direito Civil. [...]”.





ordenamento jurídico e, no presente estudo, em particular, no direito civil e, conseqüentemente, no direito de família.

3 A CONSTITUIÇÃO, SUA SUPREMACIA NA HIERARQUIA DAS LEIS E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Assim, nessa evolução da sociedade e conseqüente modificação do direito, é na Constituição, consoante já sustentada, como um documento político-jurídico, que estão inscritos os direitos e garantias fundamentais de uma sociedade organizada. Pode-se afirmar que onde não há Constituição não haverá direitos e garantias fundamentais. Para tanto, além destes direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, deve o Estado, por meio do Poder Legislativo, como poder competente, editar as normas infraconstitucionais, ou seja, as leis, em consonância, em obediência aos comandos estabelecidos na Constituição, porquanto esta é a lei suprema de uma Estado.

Nesse contexto, o que se observa, é que a lei (normas infraconstitucionais), reinante fortemente no normativismo, cede espaço ao pós-positivismo, este caracterizado pelos valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade da pessoa humana⁹, emergindo em conseqüência os princípios constitucionais como verdadeiras normas jurídicas de conteúdo abstrato, para se legitimar e a exigir das normas jurídicas infraconstitucionais, que todos os seres humanos sejam tratados com igualdade, respeito e dignidade. Toda pessoa tem dignidade, pelo simples fato de ser pessoa. A dignidade é inata, inerente ao ser humano. Segundo Kant, as coisas têm preço, as pessoas dignidade. E, no Brasil, pela Constituição vigente, foi erigida a “fundamento” do Estado Democrático de Direito. Não se trata de um simples princípio no catálogo dos direitos fundamentais, a dignidade vai além e se sobrepõe a todos esses princípios constantes dos direitos fundamentais.¹⁰

⁹ Cf. M.C.B. MORAES, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, em <https://www.jur.puc-rio.br/wp-content/upload.s/2022/08/Texto-3.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2023.

¹⁰ Comunga-se, aqui, com a afirmação de G. MARMELSTEIN, *Curso de direitos fundamentais*, 2. ed. São Paulo, Atlas, 2009, p. 13, quando assevera que “Essa nova concepção, ao contrário do que possa parecer, não abre mão do normativismo. A norma continua sendo o principal objeto do estudo do jurista, conforme defendia o próprio Kelsen. No entanto, a norma, para o operador do direito, deixa de ser “neutra”, passando a conter uma forte ideologia, de modo que princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da democracia, seriam tão vinculantes





Assim, cabe ao legislador constitucional, no exercício de suas funções típicas, na elaboração da Lei Maior, o dever e a responsabilidade de incluir normas de proteção dos direitos fundamentais, como decorrência da teoria dos deveres de proteção. Disto decorre, que cabe ao Estado-legislador, a função de concretização dos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que eles prevaleçam, não permitindo que se ataque esses direitos, além de, também, do dever de se abster de práticas nocivas em torno desses direitos, atuando positivamente, para a realização destes mesmos direitos.¹¹

Muitos são os conceitos dos direitos fundamentais, mas, pode-se entender como direitos subjetivos públicos das pessoas, físicas ou jurídicas, que estão previstos na Constituição, como normas e princípios supremos do Estado, porquanto representam os valores maiores que devem ser defendidos por toda sociedade, possuindo, ainda, esses direitos fundamentais, a tarefa de limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual¹², mormente se abusivos. Não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, e é o centro de toda a sociedade organizada, e não o Estado.

Nas palavras do constitucionalista português, Jorge Miranda, os direitos fundamentais podem “[...] ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar”¹³.

quanto qualquer outra norma jurídica. A observância desses princípios não seria meramente facultativa, mas tão obrigatória quanto a observância das regras/leis. E o mais importante: as regras/leis somente seriam válidas se estivessem de acordo com as diretrizes traçadas nos princípios, reforçando a ideia atualmente aceita de que os princípios possuem uma função de fundamentação e de legitimação do ordenamento jurídico”. Ainda, segundo A.M.DE GODOY, *Do patrio poder ao patrio dever*, cit., p. 43 s., “O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conforme com os princípios e preceitos da Constituição. É que “[...] o direito constitucional manifesta-se rico de influência da realidade social e política”, retirando os elementos que informam sua validade, vigência e da força que emerge dessa realidade social e política. “[...] Nenhuma norma, seja de direito público, seja de direito privado, pode contrariar o comando constitucional [...]”. Com efeito, a Constituição é um construir normativo da organização estadual, uma racionalização e limitação dos poderes públicos, uma fundamentação da ordem jurídica da comunidade, um programa de ação, uma garantia para os chamados direitos fundamentais”.

¹¹ Cf. I. P. DO VALE, *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, p. 67.

¹² Ver D. DIMOULIS e L. MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

¹³ J. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 4. ed., Coimbra, Coimbra ed., 2008, p. 11 s.





Os direitos fundamentais, como o próprio nome indica, “fundamentais”, que vem de fundação, fundamento, constitui a base, o alicerce, a sustentação dos direitos das pessoas na sociedade, estreitamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana, limitando e evitando os abusos e excessos do poder do Estado em face daquelas. Os direitos fundamentais, como direitos básicos e valores supremos, que estão listados na Constituição, devem irradiar o seu conteúdo a todo o ordenamento jurídico unitário, servindo, também, de diretriz na interpretação das leis infraconstitucionais, para conter, repita-se, os abusos do Estado em face das pessoas, como se demonstrará a seguir¹⁴.

4 O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO UM “SISTEMA UNITÁRIO” E SUA INTERPRETAÇÃO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Por uma releitura da dicotomia direito público-direito privado. No conjunto dos ramos dos direitos (direito civil, direito processual civil, direito constitucional etc.), bem como da diversidade dos objetos das normas jurídicas de cada um deles, mas entendendo que o ordenamento jurídico é um todo, é um “sistema unitário”, não se deve olvidar que o seu eixo central, quando de sua atuação nos casos concretos, está na legalidade constitucional, isto é, a sua interpretação deve ser realizada à luz do conteúdo abarcado na Constituição, principalmente no tópico dos direitos e garantias fundamentais¹⁵.

Dessa forma, em razão de o direito constituir-se em um ordenamento jurídico unitário, onde deve coabitar, então, a unidade, a coerência e a completude, a

¹⁴ G. MARMELESTEIN, *Curso de direitos fundamentais*, cit., p. 20, trabalhando um conceito de direitos fundamentais assevera que “[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. Há cinco elementos básicos neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais”.

¹⁵ Esta postura é necessária, justamente “[...] da exigência de se dar unidade a um conjunto de normas jurídicas fragmentárias, que constituam um risco permanente de incerteza e de arbítrio (pode-se recordar, por exemplo, que o movimento francês pela codificação reclamava um direito simples, completo e unitário [...], e que Bentham colocava entre os requisitos fundamentais da codificação a completude [...]. A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a *unidade*, a *coerência*, a *completude*; são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem”. N. BOBBIO, *O positivismo Jurídico*, cit., 1995, p. 198.





interpretação das normas que compõem esse ordenamento jurídico, não há qualquer dúvida, deve ser realizada a luz da legalidade constitucional¹⁶, ou seja, de acordo com o texto da Lei Maior, Constituição, e seus fundamentos e princípios fundamentais, pois é nela que se encontram os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, devendo prevalecer sobre qualquer outra norma infraconstitucional.¹⁷ Aliás, nesse sentido, bem a propósito o que dispõe o atual CPC 2015 brasileiro, em seu art. 1º¹⁸.

Pietro Perlingieri, ao tratar do direito civil constitucional, afirma que “Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Essa solução «é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos»¹⁹. Ademais, não se pode deslembrar que a Constituição, na hierarquia das leis, se encontra acima de todas as demais leis, pois, como mais uma vez ensina Pietro Perlingieri, “A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos

¹⁶ Neste contexto, tem aplicação da técnica de *interpretação conforme* a Constituição, mas, nesta hipótese, esta técnica só seria utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias *interpretações* possíveis, uma que a compatibilize com a Constituição. O Supremo Tribunal Federal tem aplicado essa técnica de interpretação, como se pode observar do seguinte julgado: “[...] 6. *Interpretação* do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a *Constituição* Federal (*Técnica* da “*interpretação conforme*”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de *interpretação* em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da *técnica* de “*interpretação conforme à Constituição*”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. [...]”. STF, ADI 4277, órgão julgador Tribunal Pleno, relator Min. Ayres Britto, julgamento 05/05/2011, publicação: 14/10/2011.

¹⁷ Sobre o ponto, ver M.C.B. DE M. TEPEDINO, *A caminho de um direito civil constitucional*, em *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Ano 17, julho-setembro/1993, n. 65, p. 24 ss., em especial os itens 2 e 3.

¹⁸ Este dispositivo legal tem a seguinte redação: “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 589.





procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a necessidade de que o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição”²⁰.

À luz do novo texto constitucional, que rege um Estado Democrático de Direito, e que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, em especial sobre os princípios e valores constitucionais de uma sociedade, que se espalha, dissemina, esparge, para todo o ordenamento jurídico, inserindo, ainda, a Lei Maior no Título Dos Princípios Fundamentais, como um dos fundamentos deste modelo de Estado, a dignidade da pessoa humana, a dicotomia direito público-direito privado deve passar por uma releitura por parte dos juristas, dos doutrinadores, dos juízes, enfim, de todo o sistema de justiça, até mesmo porque estes dois grandes ramos do direito não tem mais, em toda sua plenitude, o mesmo significado de outrora, principalmente, quando se fala e defende um ordenamento jurídico unitário, que deve ser lido na legalidade constitucional²¹.

O direito civil, atualmente, já não pode mais ser visto como uma ordem fundamental da sociedade, como se observava na era dos Códigos, principalmente no Código Civil francês de Napoleão, de 1804, e do Código Civil alemão (*Bürgerlich Gesetzbuch*), abreviadamente BGB, de 1900²².

Oportuno registrar que, modernamente, no Brasil, se caminha para o momento dos “Estatutos” (v.g. Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Juventude,

²⁰ P. PERLINGIERI, *o.c.*, 2002, p. 9 s.

²¹ Oportuna a lição de M.C.B. DE M. TEPEDINO, *o.c.*, ao asseverar que “Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um “mondo frammenti”, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário”. De outro lado, em sentido diferente F. AMARAL, *Direito civil. Introdução*, 4. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 149, *in verbis*: “1) *Interpenetração crescente do direito civil com o constitucional*, o que leva, para alguns, à *constitucionalização do direito civil* no sentido de que “matérias tratadas pelos civilistas entraram na Constituição”, e para outros, à *civilização do direito constitucional*, representando a substituição dos fundamentos constitucionais do direito civil pelos fundamentos civis do direito constitucional, tudo isso traduzindo, de imediato, a superação da clássica dicotomia direito público/direito privado. Na verdade, o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional”.

²² Sobre “a codificação do direito civil”, os problemas da codificação e as grandes codificações, O. GOMES, *Introdução ao direito civil*, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, com atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, p. 61 ss. Ainda, sobre a codificação, ver N. BOBBIO, *o.c.*, Capítulo III, p. 63 ss.; e, também, F.S. de ANDRADE. *Da codificação. Crônica de um conceito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.





Estatuto do Idoso), tanto que já se discute na doutrina e no Congresso Nacional, o Estatuto da Família²³.

5 ALGUNS TEMAS DE DIREITO CIVIL (DIREITO DE FAMÍLIA) E DE PROCESSO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO E ITALIANO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Tendo-se de vista que o presente estudo tem como foco o “direito civil”, mormente na seara do direito de família e, também, o “direito processual civil”, no que se refere a família contemporânea e as ações familiares, bem como a mediação como meio de concretizar o acesso à justiça, ambos à luz da legalidade constitucional, serão listados alguns temas desses direitos que se encontram tratados nas Constituições brasileira e italiana.

5.1 ALGUNS TEMAS DO DIREITO CIVIL E SEU ENFOQUE NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL.

Muitas foram as transformações ocorridas na base material das famílias, em função da mudança da realidade social, dos estilos de vida, da cultura, da economia (capitalismo) que, no ambiente do direito civil, principalmente com o advento da codificação, repercutiram fortemente no direito de família.²⁴

Modernamente, então, em face da realidade social em que se vive, não se pode mais ter o mesmo pensamento de outrora e a mesma interpretação da família, na

²³ A propósito, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6583/13 – Estatuto da Família.

²⁴ A respeito dessas transformações e dos estilos de vida, ocorridos na base material da sociedade, O. GOMES, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 85 s., discorre que “[...] O matrimônio desintegra-se. A união livre difunde-se, produzindo crescentes efeitos jurídicos. Procura a lei amparar a companheira e proteger os filhos oriundos do concubinato. Facilita-se o *divórcio*, que passa a ser encarado como um remédio para os desajustamentos conjugais, e não mais unicamente como sanção à violação de dever conjugal. Os progressos da Biologia influem no Direito de Família. [...] Altera-se o esquema da sociedade conjugal. Desenvolve-se a política de equiparação da mulher ao marido. O *poder marital* vai desaparecendo. O *pátrio poder* transforma-se num conjunto de deveres. [...] Em resumo, o Direito de Família passa por grandes transformações, que indicam a necessidade de seu reajustamento às novas condições de vida”.





concepção que se realizava, por exemplo, no período do direito natural²⁵, do direito romano, do direito canônico²⁶, na visão e interpretação da escola teológica.

O direito, modernamente, principalmente, o direito de família, há que ser lido na dimensão das normas, dos valores e dos fatos sociais²⁷, ou seja, do texto da lei, de acordo com a teoria axiológica que investiga os valores, e dos acontecimentos da vida em sociedade, nos hábitos, nas rotinas e posturas que refletem os seus padrões, valores, sentimentos de uma cultura, cuja elaboração é lenta e espontânea na vida social.²⁸

Neste cenário, a visão da teoria axiológica dos valores e da escola sociológica do direito exercem um relevante papel. Não é demais lembrar que o direito e a sociedade são entidades congênicas e que se pressupõem. O direito não tem existência em si próprio, tendo existência na sociedade.²⁹ Com efeito, é forçoso concluir que o direito é um conjunto de normas que regulam a vida social.

Afastando destes períodos e dando um salto na história, no Brasil, a respeito do direito civil e, especialmente, sobre a família, embora as Constituições³⁰ tenham

²⁵ S. PUFENDORF, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, trad. de Eduardo Francisco Alves, 1. ed. Brasileira, Rio de Janeiro, Topbooks, 2007, p. 264 s., ao tratar do matrimônio, afirma que para a propagação da humanidade não pode e não deve ser mantida por coitos promíscuos e incertos, mas, deve ser limitada e circunscrita pelas leis do “vínculo conjugal”, e só deve ser buscada na condição de casado, abordando, ainda, que o matrimônio é um “contrato perpétuo”, cujo vínculo deve ser, então perpétuo e não ser cortado, exceto pela morte de uma das partes.

²⁶ O direito canônico, a propósito, exerceu enorme influência na família, mormente no que se refere ao tratamento do matrimônio e seus impedimentos, elevando-o à categoria de sacramento e dogma de fé, e, também, em relação aos filhos. As diretrizes do direito canônico influenciaram as legislações de muito países, principalmente, naqueles países onde o catolicismo tem muitos adeptos. Registre-se que, mesmo em face do avanço das legislações, com as constantes transformações em matéria de família, encontram-se muitas críticas e não falta quem, em setores conservadores e minoritários defenda o casamento com base em normativas religiosas, apontando opinião totalmente contrária ao divórcio. Confira-se: “[...] o que vemos por toda a parte onde o divórcio se implanta é a infelicidade, o remorso de consciência, os filhos traumatizados, as vidas desfeitas, os problemas psíquicos. Mesmo para os casais que não se divorciam, a possibilidade do divórcio funciona como fator desestabilizador do lar, uma fonte de desconfianças mútuas, de ameaças recíprocas. Onde deveria haver amor e união, regados pela aceitação dos sacrifícios inerentes ao convívio, introduz-se a divisão e a suspicácia”. Cf. G.V. LOPES, *Novo Código Civil. Graves violações aos dez mandamentos e à tradição católica do Brasil*. Revista “Catolicismo”, São Paulo, Padre Belchior de Pontes, setembro de 2002, p. 31.

²⁷ Sobre o aspecto da norma, do fato e do valor, oportuno destacar a obra de M. REALE, *Teoria tridimensional do direito*, 5. ed. rev. e aum, São Paulo, Saraiva, 1994, em especial quando aborda sobre “preliminares ao estudo da teoria tridimensional do direito”, p. 117 ss.

²⁸ Cf. S. CAVALIERI FILHO, *Programa de sociologia jurídica*, 13. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 25.

²⁹ Cf. P. Nader, *Introdução ao estudo do direito*, 38. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 28. No mesmo sentido, M. REALE, *Lições preliminares do direito*, 10 ed. rev., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 2, *in verbis*: “O Direito é, por conseguinte um *fato* ou *fenômeno social*; não existe senão em sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social”.

³⁰ A [Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil \(de 24 de fevereiro de 1891\)](#) estabelecia que “A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (art. 72, § 4º). A





feito referência a ela de um modo geral, foi com a codificação, utilizando-se como fontes o Código Civil de Napoleão e o Código Civil alemão, já referidos, que a matéria foi mais amplamente disciplinada, conforme se vê do Código Civil brasileiro de 1916 (Lei federal. n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916) e, de seu posterior, o Código Civil brasileiro de 2002 (Lei federal n. 10.416, de 10 de janeiro de 2002), atualmente em vigor.

Ocorre, no entanto, que diante das novas realidades sociais, dos novos costumes, dos comportamentos em diversos setores da vida das pessoas, a Constituição brasileira vigente passou a cuidar de vários valores, princípios e normas, com destaque no direito de família (arts. 1º., III, 3º., I, III, IV, 4º., II, 5º., I, II, XXXIV, XXXVI, XLI, LX, LXVII, §§ 1º., 2º., 3º., 229, 230), do casamento civil e do casamento religioso de efeitos civis (art. 226, §§ 1º e 2º), da entidade familiar/união estável (art. 226, §§ 3º e 4º) e do divórcio (art. 226, § 6º), da propriedade (art. 5º, *caput*, XXII, XXIII, XXIV, art. 170, II e III), da proteção do dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V e X), da herança (art. 5º, XXX, XXXI), do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), da usucapião (arts. 183 e 191).

Como se percebe, o direito civil e, no caso particular, o direito de família, passou a ocupar espaço e uma relevante posição no texto constitucional.

Assim, especificamente, no direito civil e, de forma mais amiúde, no direito de família, de início, cabe salientar que, no presente momento histórico, deve ser feita uma releitura, tendo-se em vista os princípios constitucionais (princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, o princípio da justiça distributiva e o princípio da igualdade substancial) observando-se e aplicando, conseqüentemente,

[Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil \(de 16 de julho de 1934\)](#) cuida da família nos arts. 144 a 147, deixando claro que “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado” (art. 144), dispondo, ainda, sobre o reconhecimento dos filhos naturais. A [Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937](#) dispõe sobre a família nos arts. 124 a 127, mantendo a indissolubilidade do vínculo matrimonial, que está sob a proteção do Estado, mantendo o tratamento de facilitação do reconhecimento dos filhos naturais. A [Constituição dos Estados Unidos do Brasil \(de 18 de setembro de 1946\)](#) dispõe sobre a família nos arts. 163 a 165, mantendo o tratamento da anterior. A [Constituição da República Federativa do Brasil de 1967](#), cuidou da família nos arts. 167 a 172, estabelecendo que a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos, sendo o casamento indissolúvel. A [Constituição da República Federativa do Brasil de 1967](#) com a [redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969](#), tratou da família nos arts. 175, e na redação originária, o casamento mantinha-se indissolúvel. Mas, com o advento da Emenda Constitucional n. 9, de 1997, foi asseverado que “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.





os direitos e garantias fundamentais, insculpidos na Constituição Federal, nas relações privadas.

Essa releitura do direito civil e do direito de família, à luz da legalidade constitucional, não significa a redução do direito civil no ordenamento jurídico, mas, sim, dar-lhe uma interpretação para que se possa falar num ordenamento jurídico unitário, não só no aspecto formal, mas, também no aspecto substancial.

Aliás, em caso de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário (RE) n. 201.819-RJ³¹, sob a relatoria para o acórdão, do ministro Gilmar Mendes, decidiu pela eficácia dos direitos fundamentais nestas relações, afastando a interpretação que esses direitos seriam aplicados somente no âmbito das relações entre o particular e o Estado.

Observa-se deste julgado do STF, a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito da esfera privada pelos próprios juízes, vinculando as entidades públicas e privadas, mormente quando se está diante dos princípios constitucionais³², em especial o princípio da igualdade, e de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados do direito privado. Oportuno registrar que a Constituição da República portuguesa (art. 18, 1 e 2)³³, é expressa neste sentido.

³¹ STF, (RE) n. 201.819-RJ, órgão julgador Segunda Turma, relatora ministra Ellen Gracie, relator do acórdão ministro Gilmar Mendes, julgamento 11/10/2005, publicado em 27/10/2006. Confira: "I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...]". No mesmo sentido, confira-se: (STF, RE 158.215/RS, relator Ministro Marco Aurélio, DJ 07.06.1996), (STF, AI-AgR. 110.846) e (STF, RE 161.243/DF, Ministro Carlos Velloso, julgamento 29/10/1996, publicação 19/12/1997, órgão julgador: Segunda Turma, v.m. A ementa tem a seguinte redação: "EMENTA: Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: Estatutos do pessoal desta: Aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido").

³² Neste conteúdo, interessante julgado é o constante do Recurso Extraordinário n. 161.243-6-Distrito Federal, relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 29 de outubro de 1996, pela segunda Turma, v.m., interpretando o direito e garantia fundamental (do princípio da igualdade), para fins de aplicações nas relações privadas.

³³ Artigo 18.º - (Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição,





Pode-se afirmar, por exemplo, que dentre os princípios constitucionais que devem ser aplicados nas relações privadas disciplinadas, encontram-se princípios constitucionais que se referem ao direito civil, *v.g.*, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, o princípio da justiça distributiva e o princípio da igualdade substancial. E não há qualquer dúvida que muitos direitos fundamentais, normas e princípios constitucionais estão, direta ou indiretamente, relacionados ao direito de família. Para tanto, basta, exemplificativamente, fazer uma leitura do art. 226, *caput*, e § 7º, que se constatará, que o texto constitucional depois de afirmar que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, estabelece que o planejamento familiar é livre decisão do casal, estando fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

No Brasil, a família mereceu tratamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 226 a 230). Por esta Lei das Leis, a família é tratada como a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado, sendo constituída pelo casamento civil e pelo casamento religioso com efeitos civis, nos termos da lei.

Reconhece, também, a Constituição vigente, como entidade familiar, a união estável (art. 226, § 3º).

Registre-se, ainda, em matéria de direito de família, que a despeito de não existir norma jurídica expressa em lei no ordenamento jurídico brasileiro, admitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo (uniões homoafetivas), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução n. 175, aprovada em 14 de maio de 2013, com fundamento em decisões do Supremo Tribunal Federal – STF (ADP 132-RJ e ADIN 4277-DF) e do Superior Tribunal de Justiça – STJ (Recurso Especial 1.813.378-RS), aplicando o princípio da igualdade³⁴, entendendo que não há óbices legais à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, resolveu, conforme

devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.[...].”

³⁴ Confira-se os itens 7 e 8, da ementa constante neste Recurso Especial: “[...] 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.* Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. [...]”





se vê da redação do art. 1º. da mencionada Resolução, que “É vedada à autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”.

Saliente-se que essas uniões estáveis, homoafetivas ou não, é um “fato”, que existe e está presente na realidade do social. Acredita-se que não adianta a lei, norma estatal, proibir ou não permitir essas uniões que elas deixarão de existir no seio social. Ademais, essas uniões não estão tratadas na lei penal como um ilícito penal e, tampouco na lei civil, como um ilícito civil. A situação está presente no seio da sociedade e, atualmente, é uma realidade nas mais diversas sociedades, não só do Brasil, mas de muitos países. O fato muda a realidade social e o próprio direito. Veja-se que a norma material disciplina o convívio das pessoas, os fatos e as suas relações presentes na sociedade.

No âmbito da legislação infraconstitucional, por sua vez, o Código Civil brasileiro de 2002 dispõe sobre a família no Livro IV – Do Direito de Família (arts. 1511 a 1783-A). E sobre o casamento, sua invalidade e a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal nos arts. 1511 a 1582.

Ainda, no Brasil, a separação judicial e o divórcio também vem disposto na Lei federal n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, bem como na Lei federal n. 11441, de 4 de janeiro de 2007, que versa sobre a separação consensual e o divórcio consensual, por meio de escritura pública (separação e divórcio consensual extrajudicial), em não havendo filhos menores ou incapazes³⁵ do casal. Esta possibilidade e inovação, por parte do legislador, de se promover a separação consensual e o divórcio consensual por intermédio da escritura pública, fora dos lindes do Poder Judiciário, foi um passo largo na atualização do ordenamento jurídico, diante da atual realidade social, desjudicializando os processos, além de facilitar a vida das pessoas (rapidez e baixo custo, por exemplo), afastando da demora na entrega da prestação jurisdicional pelo órgão jurisdicional, promovendo, dessa forma, o acesso à justiça.

³⁵ No Brasil, em alguns estados membros da federação, já estão admitindo essa inovação mesmo havendo filhos incapazes, mas desde que haja regulamentação sobre os alimentos e do poder familiar, guarda etc., em processo judicial. “O novo Código de Normas do Foro Extrajudicial do Estado do Paraná (CNFE) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), publicado em março de 2023, por meio do Provimento CGJ n°318/2023, autoriza os cartórios de notas a realizar divórcios, mesmo quando estão envolvidos filhos menores”. Disponível em: <https://cnbpr.org.br/2023/05/04/cartorios-do-parana-podem-fazer-divorcios-de-casais-com-filhos-menores/#:~:text=O%20art> Acesso: 11/05/2023.





Muitos outros tópicos do direito civil, principalmente em matéria de família, poderiam ser destacados, porém, no estreito âmbito desta reflexão e estudo, deve ser mencionado, pela sua importância, a questão da igualdade entre o homem e mulher e as diferenças entre os filhos, mormente na vigência do Código Civil brasileiro de 1916.

De outro lado, na Itália, a respeito do direito civil, a constituição italiana, *verbi gratia*, dispõe a respeito da família (art. 29), do matrimônio (art. 29), da paternidade (art. 30), da posse (art. 42), da propriedade (arts. 42, 44 e 47), etc.

Na Itália, também a Constituição da República Italiana, no Título II - Das Relações ético-sociais reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no matrimônio (art. 29)³⁶. O Código Civil italiano trata do matrimônio e da nulidade dele nos arts. 79 a 133, sendo o divórcio disciplina pela Lei n. 898, de 3 de dezembro de 1970.

5.2 ALGUNS TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E SEU ENFOQUE NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL. A MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

No direito processual civil, por sua vez, a Constituição brasileira vigente, exemplificativamente, dispõe sobre vários princípios, muitos deles de conteúdo processual³⁷, *v.g.*, o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), o princípio do juízo natural (art. 5º, XXXVII), o princípio do juiz competente (art. 5º, LIII), o princípio do devido processual legal (art. 5º, LIV), o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), o princípio da inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), além de ações, *v.g.*, o mandado de segurança, coletivo e individual (art. 5º, LXIX e LXX), a ação popular (art.

³⁶“Art. 29 A República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no matrimônio. O matrimônio é baseado na igualdade moral jurídica dos cônjuges, com os limites determinados pela lei para a garantia da unidade familiar”.

³⁷ Sobre esses princípios, ver N. NERY JÚNIOR, *Princípios do processo na Constituição Federal* (processo civil, penal e administrativo), 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas no STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.





5°, LXXIII), a ação civil pública (art. 129, III), e dos recursos constitucionais (recurso extraordinário e recurso ordinário), o recurso especial etc.

Ademais, o CPC de 2015, em perfeita sintonia com o texto constitucional, no art. 8°. estabelece que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência.

Diante de um direito violado ou ameaçado, seja de que natureza for, o prejudicado poderá buscar a proteção do direito, pela tutela jurisdicional perante a jurisdição estatal, ou fora dela, quando cabível, pelos meios de meios alternativos de solução dos conflitos de interesses (autocomposição – negociação, conciliação e mediação, e ou heterocomposição – arbitragem). Surge, então, o “acesso à justiça”, como um direito e garantia constitucional.

O direito ao acesso à justiça é garantido tanto pela Constituição Federal vigente (art. 5°, XXXV), quanto pelo Código de Processo Civil (art. 3°, §§) e, também, por leis infraconstitucionais.

Nesta reflexão, a análise se restringirá mais nas questões familiares. Mais, antes, necessário uma breve abordagem sobre o acesso à justiça, repita-se, à luz da Constituição vigente. Esta Constituição, no art. 2°, estabelece que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Quanto a estrutura dos Poderes, o que mais interessa para os fins do presente texto e explanação é o Poder Judiciário³⁸.

Saliente-se, no entanto, que o Poder Judiciário, em tempos mais recentes vem adquirindo maior relevância na tripartição dos poderes, uma vez que na sua atuação tem demonstrado um protagonismo maior, por interferir frequentemente nas atividades dos demais poderes, nos aspectos de legalidade e competência, para a defesa da Constituição, ou melhor, na sua leitura da legalidade constitucional para fazer valer o seu conteúdo e, principalmente, dos direitos e garantias fundamentais,

³⁸ Os autores da Teoria Geral do Processo doutrinam que o “Terceiro dos poderes do Estado na lição clássica de Montesquieu, o Judiciário não tem a importância política dos outros poderes, mas ocupa um lugar de destaque entre os demais, quando encarado pelo ângulo das liberdades e dos direitos individuais e sociais, de que constitui a principal garantia. A Constituição brasileira dedica-lhe o cap. III do tít. IV (arts. 92 ss.) e inscreve, entre os direitos e garantias individuais, o princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5°, inc. XXXV)”. É o princípio do acesso à justiça. Cf. A.C. DE ARAÚJO CINTRA, A.P. GRINOVER, C.R. DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 28 ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 184.





individuais e coletivas, mormente no plano do direito substancial, como é o caso, por exemplo, do direito civil (direito de família).

Apesar de, constitucionalmente, o Poder Judiciário deter o exercício da tutela jurisdicional, o ordenamento jurídico brasileiro também tem uma abertura para os meios alternativos de solução dos conflitos de interesses (Conciliação, Mediação e Arbitragem), que, atualmente, pela filosofia do Código de Processo Civil de 2015, é no sentido de que esses métodos devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º.³⁹, §§, em especial o § 3º.).

Dentre os Poderes da República, em especial do Poder Judiciário, que tem, como afirmado, o exercício da jurisdição⁴⁰ (como poder, função e atividade), tem ele o poder-dever de entregar a prestação jurisdicional, de forma tempestiva, útil, adequada e eficiente, resolvendo de forma justa os conflitos de interesses, com pacificação social, o que também pode ocorrer por intermédio dos “meios autocompositivos”, em especial na seara da mediação, tanto que devem ser incentivados nos termos da legislação processual.

No caso particular da família, o CPC brasileiro de 2015, em Capítulo próprio, cuidou das “ações familiares” (arts. 693 a 699), sob o procedimento especial contencioso para as ações de família, e no art. 696, priorizou e previu que a audiência de mediação e conciliação, que poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito. Note-se que o objetivo do legislador, com esses meios de soluções pacificadoras, foi acolher, no direito de família, onde se discutem questões relevantes e de complexa resolução, que merecem maior atenção não apenas porque envolvem a vida, a intimidade e dignidade das pessoas que estão diretamente vinculadas ao litígio, mas também de seus familiares⁴¹. É a solução consensual, amigável, para fins de pacificação social.

³⁹ “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

⁴⁰ Entende-se a *jurisdição* como um *serviço público*, estando sujeita ao princípio da eficiência, consoante dispõe o art. 37, *caput*, da CRF/1988.

⁴¹ Cf. H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil – Procedimento Especiais*, Vol. II. 50 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 367.





Não se pode perder de vista o que dispõe a Constituição brasileira vigente, quando no Título Dos Princípios Fundamentais (arts. 1º. a 4º.), especificamente no art. 4º., VII, ao cuidar dos princípios que a República Federativa do Brasil, dispõe que o Brasil deve reger-se nas suas relações internacionais, observando o princípio da solução pacífica dos conflitos. Se no âmbito das relações internacionais, o Brasil dever observar o princípio da solução pacífica dos conflitos, também não pode ser diferente no plano interno. Daí as normas sobre a autocomposição no CPC/2015, que se encontram em perfeita sintonia com o texto constitucional.

É de se observar, então, que tanto a legislação constitucional, quanto infraconstitucional, preocupa-se, em matéria de família, com essas ações que caracterizam temas relevantes e sensíveis no seio social, merecendo, dessa forma, a proteção do Estado, dando destaque a um dos fundamentos do Estado democrático de direito, que é a dignidade da pessoa humana (art. 3º., III, da CRF/1988), sem olvidar também do direito e garantia fundamental da duração razoável do processo (art. 5º., LXXVIII, da CRF/1988). Reporta-se, aqui, ao conteúdo do art. 8º., da legislação processual civil, já referido. Com efeito, não há qualquer dúvida de que o juiz, ao aplicar as regras constantes do ordenamento jurídico, repita-se, ordenamento jurídico unitário, deverá fazê-lo atento a legalidade constitucional.

Para as ações civis de família, nos processos contenciosos (divórcio, anulação e separação, reconhecimento e extinção da união estável, guarda, visitação e filiação), no Brasil, o tratamento legal vem previsto no Código de Processo Civil e por lei especial (Lei do Divórcio, Lei federal n. 6.515, de 26.12.1977, Lei de Alimentos, Lei federal n. 5.478, de 25.07.1968, e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei federal n. 8.069, de 13.07.1990).

De outro lado, em se tratando de questões familiares e sucessão, desde que consensuais e não haja filho ou herdeiro incapaz, pela Lei federal n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de se realizar o inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, que também ficou conhecido por inventário, separação consensual e divórcio consensual por escritura pública, a ser celebrada perante um Ofício do Tabelionato de Notas.

Na Itália, no âmbito do direito processual, a Constituição da República italiana vai cuidar da jurisdição e de seu instrumento, o processo, e dos princípios processuais





do contraditório entre as partes, da igualdade, da imparcialidade, da razoável duração do processo, da motivação de todas as providências jurisdicionais, no art. 111.

Como se pode observar, tanto a Constituição brasileira quanto a italiana se preocupam em estabelecer um tratamento jurídico com a família.

No Brasil, esse cuidado pela proteção da família encontra amparado em vários dispositivos constitucionais (v. g., salário-família, art. 201, IV; assistência social, art. 203, I; art. 226, *caput*, e §§, dentre outros)⁴². Não é diferente o tratamento disposto na Constituição italiana (arts. 30 e 31).

6 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DA FAMÍLIA E ACESSO À JUSTIÇA.

Nas legislações de um modo geral, nos mais diversos continentes e, particularmente, no Brasil, nas últimas décadas, o conceito da família sofreu uma profunda modificação. Esta modificação não ocorreu somente na realidade social (realidade dos fatos), mas, também, nas leis e nas doutrinas e, também, em sede de decisões judiciais (jurisprudência).

Nas leis essas alterações e evoluções, num breve espaço de tempo, foi bastante expressivo. Cite-se, por exemplo, o caso do Brasil, onde, no período colonial (1500-1822), no período imperial (1822-1889), e em parte do período republicano (1889-dias atuais), a família era constituída unicamente pelo matrimônio, ou seja, pelo casamento “matrimonializado” (resultante de um casamento nos termos da lei civil), “patrimonializado”, patriarcal (em uma cultura patriarcal, em que o homem assume a responsabilidade e a autoridade política, moral e religiosa sobre as mulheres e os filhos confiados à sua proteção), “hierarquizado” (com o pátrio poder pertencendo ao varão, as decisões não eram tomadas em conjunto, quem decidia era somente o homem, inclusive sobre o trabalho da mulher) e “heterossexual” (união de um homem com uma mulher em um relacionamento íntimo).

⁴² Confira-se, a propósito os arts. 226 a 230, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.





A lei, nestes períodos, impedia que o casamento válido terminasse e se dissolvesse pelo “divórcio”, prevendo, no entanto, o término da sociedade conjugal pelo “desquite”⁴³, mais tarde, chamado de “separação judicial”⁴⁴.

O divórcio, no Brasil, pela Constituição Federal de 1967, em sua redação original e, também, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, por muitos tratada como Constituição Federal de 1969, estabelecia que o casamento era indissolúvel, ou seja, não se permitia o divórcio. Este fato era devido à forte influência da igreja Católica no Brasil, que disciplinava, no Código Canônico, a indissolubilidade do casamento pelo divórcio, não o permitindo, tratando apenas da anulação do casamento religioso. Registre-se, por oportuno, que a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, em seu art. 5º., tratava a religião católica apostólica romana como a religião oficial do Império.

O divórcio somente foi introduzido no direito brasileiro, por intermédio da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, de autoria do Senador Nelson Carneiro, que deu nova redação ao § 1º. do art. 175⁴⁵ da Constituição Federal de 1967. Neste mesmo ano de 1977, foi aprovada e editada a Lei do Divórcio, Lei federal n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Em mais uma inovação no texto constitucional a respeito do divórcio, a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos, permitindo que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, eliminando qualquer exigência de limite temporal, ou de prévia separação.

Ainda, na temática do direito de família, o Código Civil brasileiro de 1916, em sua redação original, atualmente revogado pelo Código Civil brasileiro de 2002, não tratava a mulher no mesmo plano de igualdade (formal e substancial) em relação ao homem. Basta ver que a mulher casada era considerada “relativamente incapaz”, enquanto subsistia a sociedade conjugal (art. 6º., II), cuja capacidade plena a mulher casada só veio adquirir pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei federal n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada); a mulher casada tinha por domicílio o do marido, salvo se estivesse desquitada, ou lhe

⁴³ Art. 315, III, do Código Civil brasileiro de 1916, em sua redação originária.

⁴⁴ Cf. art. 39, da Lei do Divórcio, Lei federal n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

⁴⁵ "Art. 175. [...] § 1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".





competisse a administração do casal (art. 36, parágrafo único); na vigência da sociedade conjugal, era direito do marido administrar os bens dotais, perceber os seus frutos e usar das ações judiciais a que derem lugar (art. 289, I a III).

Também com relação aos filhos, o Código Civil brasileiro de 1916 trazia discriminação entre os “filhos legítimos” e “filhos ilegítimos”. Este Código tratava do “filho legítimo” no art. 337, ou seja, os filhos legítimos eram aqueles nascidos de justas núpcias. Porém, este mesmo diploma legal dispunha sobre o reconhecimento do “filho ilegítimo” no art. 355. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 227, § 6º., põe fim a desigualdade entre os filhos, nascidos ou não de justas núpcias.

Estes são alguns exemplos, no Código Civil brasileiro de 1916, que demonstram o tratamento discriminado da mulher em relação ao homem. Também se constata desta legislação, que era nítida a distinção entre os membros da família, marido e mulher e seus filhos.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, numa nova visão de mundo, onde houve uma profunda evolução, principalmente com uma preocupação e prevalência de determinados valores sociais e individuais, inspirados sobretudo no direitos humanos, que se projetaram internamente, na Constituição Federal de 1988, no Títulos dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se a pessoa em posição de destaque no texto constitucional, porquanto foi inserido a “dignidade da pessoa humana” como fundamento do Estado Democrático de Direito, tanto que além da “igualdade geral”, prevista no art. 5º., *caput*, da CRF/1988, também inseriu a “igualdade especial” em direitos e obrigações entre os homens e as mulheres (art. 5º., I, da CRF/1988). Mas, não parou aí o legislador constitucional, pois também no art. 226⁴⁶, § 5º., da CRF/1988, voltou a afirmar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

No âmbito da doutrina brasileira, também se observa essa evolução do conceito de “família”, a começar pelos títulos das obras de direito civil, uma vez que os autores de décadas atrás, de um modo geral, tratavam como título da obra, com a preposição “de”, “direito “de” família”⁴⁷, enquanto as obras mais recentes tratam com a preposição

⁴⁶ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...]”.

⁴⁷ A. CHAVES, *Lições de Direito Civil, Direito de Família*, v. II e v. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975; O. GOMES, *Direito de Família*, 7. ed., 6ª tir., Rio de Janeiro, Forense, 1994; W. DE B. MONTEIRO,





“da”, como “direito “das” famílias”⁴⁸, percebendo-se uma mudança da realidade social. Passou-se, assim, do direito “de” família, para o direito “das” famílias, falando-se em famílias plurais⁴⁹ (família constitucionalizada, família informal, família homoafetiva, família paralela ou simultânea, família poliafetiva, família monoparental, família parental ou anaparental, família composta, pluriparental ou mosaico, família natural, extensa ou ampliada, família substituta e família eudemonista, que nesta modalidade de família, o afeto é a regra de ouro).

No cenário da jurisprudência, os tribunais pátrios, seguindo os comandos da nova legislação e a posição dos doutrinadores, passaram a proferir decisões de acordo com essa nova realidade social. Aliás, antes mesmo do reconhecimento da união estável como entidade familiar, pela Constituição vigente, já se reconhecia o concubinato, agasalhando os direitos da concubina, embora se deferia a indenização pelo serviços prestados, conforme de se vê do Recurso Extraordinário 105206⁵⁰, oriundo do Supremo Tribunal Federal (STF).

No direito italiano, sobre a família, aborda-se a respeito da “família não fundada no casamento” e da “família não fundada no casamento como valor concretizador dos princípios constitucionais”⁵¹.

7 O ACESSO À JUSTIÇA NAS RELAÇÕES FAMILIARES POR INTERMÉDIO DA MEDIAÇÃO.

Curso de Direito Civil. Direito de Família, 20. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1982; P. NADER, *Curso de direito civil*, v. 5, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 2008; C.M. DA S. PEREIRA, *Instituições de direito civil*, 18ª ed., de acordo com o Código Civil de 2002, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira, v. 5, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 2010; S. RODRIGUES, *Direito Civil. Direito de Família*, v. VI, 9. ed. São Paulo, Saraiva, 1982.

⁴⁸ Confira-se: D. M. DE CARVALHO, *Direitos das famílias*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2017; M.B. DIAS, *Manual de direito das famílias*, 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens), a Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013; P. LÔBO, *Direito civil. Famílias*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2011. Deve-se a Maria Berenice Dias a locução “direitos das famílias”, pela vez primeira no direito brasileiro, expressão que como ela mesma esclarece, popularizou-se e vários autores, juristas e magistrados começaram a se referir a este ramo do Direito, entendendo que a família é mesmo plural.

⁴⁹ A respeito das famílias plurais, consulte-se M.B. DIAS, *o.c.*, p. 39 ss.

⁵⁰ “RE 105206. Ementa - *Concubinato*. Serviços prestados. Indenização. Compensação. Súmula 279. - A Existência do *concubinato* e dos serviços prestados pela concubina ao amásio constitui matéria de fato irreversível na instância extraordinária, sendo pacificamente aceita a indenizabilidade de tais serviços. - Recurso Extraordinário não conhecido”. STF, órgão julgador: Primeira Turma, relator Min. Rafael Mayer, julgamento 14/06/1985, publicação: 02/08/1985. No mesmo sentido: órgão julgador: Primeira Turma, relator Min. Soares Muñoz, julgamento 30/04/1984, publicação: 25/05/1984.

⁵¹ Consulte-se, sobre esse tema, P. PERLINGIERI, *O Direito civil na legalidade constitucional*, cit. 2008, p. 986 ss.





O acesso à justiça, no direito brasileiro, já se encontra constitucionalizado como um direito e garantia fundamental, conforme se extrai da Constituição vigente (art. 5º., XXXV).

Apesar de a Constituição assegurar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, dando a entender que o acesso à justiça só ocorrerá pelas mãos do Poder Judiciário, o que poderia levar a leitura de que o acesso à justiça só será por intermédio do acesso ao Poder Judiciário, a bem da verdade não é exatamente isto que se deve concluir, posto que a locução “acesso à justiça” deve ser lida e interpretada num sentido mais amplo, compreendendo não só o acesso ao Poder Judiciário, mas, também, o acesso à justiça pelos meios alternativos de solução dos conflitos de interesses.

Quando limitado no ambiente do Poder Judiciário, o acesso à justiça ocorre quando a jurisdição se opera de forma justa, com uma prestação jurisdicional tempestiva, eficiente, adequada, útil e de qualidade, pacificando com justiça. Não é por outra razão que se entende que se concretiza o exercício da jurisdição quando o conflito de interesses é resolvido de forma justa. É a justa composição da lide, na linguagem de Francesco Carnellutti.

Apesar de em muitos países e em suas respectivas legislações se atribuir a resolução dos conflitos de interesses ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário, utilizando-se do processo, por se adotar o sistema de “jurisdição una”, em que a última palavra sempre cabe a este poder, como é o caso do Brasil, este modelo não atende mais as exigências do momento histórico atual e, portanto, deve ser repensado, como já vem se presenciando mundo afora, pois os tempos em que vivemos – com profundas modificações da realidade social (v.g., no plano social, político, econômico, tecnológico e cultural), cuja sociedade e as relações das pessoa são altamente complexas – exige novos métodos de solução dos conflitos de interesses, inclusive com a participação da comunidade, numa espécie de dejudicialização, de formalização e delegação da justiça.

É que para determinados tipos de litígios, que tem como características relações jurídicas continuativas entre as pessoas, em contato permanente, como se observa nas relações familiares, a mediação, como forma de se realizar o acesso à justiça, constitui-se em método apropriado, indicado, adequado, porquanto, além de





resolver o conflito de interesses entre as partes, tem a virtude de pacificar a relação entre elas⁵².

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a ideia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais, ou seja, perante os órgãos jurisdicionais. Não se pode mais pensar no acesso à justiça, enquanto instituição do Estado, mas, sim, num acesso à justiça mais amplo, no sentido da realização de uma ordem jurídica justa⁵³. Com efeito, o acesso à justiça, na sociedade moderna, na concepção de Kazuo Watanabe, deve ser entendido como o direito de acesso à ordem jurídica justa⁵⁴.

E aqui é que se adentra na mediação como poderoso meio de se realizar o acesso à justiça em questões e ações familiares, pois é um método menos traumático, não tendo que se adentrar em indagações de ordem privada e da intimidade, ferindo o direito de privacidade, além de afrontar a dignidade dos membros integrantes da família, que são, como sabido, questões domésticas, do seio do lar conjugal, sendo, ainda, a mediação um mecanismo mais rápido, mais ágil e célere.

A mediação é um método heterocompositivo, havendo a participação de “um terceiro”, o qual é indispensável, pois se não houvesse esse terceiro, estaria diante da negociação. No entanto, esse terceiro, na mediação, não decide, como acontece na jurisdição e na arbitragem. Diversamente, esse terceiro, o mediador, pela sua experiência, não pode propor a solução⁵⁵, a fim de que as próprias partes envolvidas no conflito de interesses cheguem a um acordo, a uma solução, pondo fim a ele, não havendo a imposição de uma decisão por obra de um terceiro⁵⁶. Por outro lado, se se

⁵² Conforme K. WATANABE, *Acesso à justiça e sociedade moderna*, p. 135, em *Participação e processo* coord. de A.P. Grinover, C. R. Dinamarco, K. Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

⁵³ A.P. GRINOVER. 2.1 – O acesso à justiça no ano 2000, em L.G. MARINONI, (org.) *O processo civil contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 1994, p. 31.

⁵⁴ K. WATANABE, *o.c.*, p. 128 ss. No mesmo sentido, confira-se A.C. DE ARAÚJO CINTRA, A.P. GRINOVER, C.R. DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, cit., p. 41.

⁵⁵ O CPC/2015, no art. 165, quando trata dos Conciliadores e Mediadores, apontando as diferenças entre *conciliação* e *mediação*, estabelece: “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”. (original sem os itálicos).

⁵⁶A Lei de Mediação, Lei federal n. 13.140, de 26.06.2015, define a mediação em seu art. 1º. Parágrafo único.





colocar a decisão por parte do terceiro, como objeto da classificação dos meios alternativos, a mediação deveria se enquadrar como meio autocompositivo, posição esta que se defende.

Coloca-se em destaque a presença de um terceiro, a sua neutralidade, atuação colaborativa, tudo no intuito de que as partes em contenda solucionem o conflito de interesses de uma forma satisfatória para ambos os lados. Vê-se, assim, que o mediador nada decide. Ao contrário, por ser a mediação um método não-adversarial, o mediador colabora, assiste as partes, a fim de que elas entrem em acordo, ou seja, auxilia e estimula as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais para o conflito. São as próprias partes que, cada uma valorando a sua posição, chegam a uma composição que satisfaça a pretensão de ambas.

A Lei de Mediação prevê dois tipos de mediação, a extrajudicial e a judicial, arts. 9 e 11, respectivamente. Tem caráter confidencial, podendo, dependendo da legislação, ser facultativa ou obrigatória, e a responsabilidade pela construção das decisões quanto à solução cabe às partes envolvidas. Em matéria de família, a confidencialidade é uma característica que enriquece e recomenda a mediação, porquanto os fatos litigiosos ficarão no universo restrito as partes e ao mediador. O mediador, quando de sua atuação num caso concreto, tem o dever de sigilo e de observar o princípio da imparcialidade.

Saliente-se, por oportuno, não é demais lembrar que todo ser humano busca evitar o sofrimento, procurando a felicidade, o prazer. O conflito de interesses gera um sofrimento, o qual deixa de existir tão logo a solução seja atingida, pois nesse momento, se restabelece a paz e, conseqüentemente, o prazer de viver. E o prazer será ainda maior se o conflito de interesses for solucionado por um método não-adversarial, posto que, nesse caso, ambas as partes, de comum acordo, encontraram a solução. A felicidade e o prazer, aqui, são mútuos, já que ambas as partes saíram ganhando. A solução não foi imposta por um terceiro. No processo, somente uma das partes teria alcançado o prazer, permanecendo a outra com o sofrimento, pois a decisão ditada poderia não ter sido aceita.

Nas questões de família, que envolvem separação e divórcio, e hoje, nos casos de dissolução de união estável, por exemplo, a mediação é de extrema utilidade, conveniência, proveito e vantagens para as partes. É de se observar que a simples instauração de um processo judicial nessa seara de conflitos é suficiente para a exaltação e acirramento dos ânimos para a disputa. O ajuizamento da petição inicial





toma a forma de uma autêntica “declaração de guerra” – a partir de então só se fala em ganhar ou perder, o estresse e o sofrimento são inevitáveis e as marcas indeléveis perduram no tempo. A questão sempre dolorosa de uma separação ou divórcio estará definitivamente registrada nos anais do Poder Judiciário, o que a ninguém beneficia. E isto é tão verdade que o legislador de 1946 bem previu e quis evitar essa situação de desconforto e prejuízo emocional quando da edição da Lei federal n. 968⁵⁷, onde o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que lhe seja apresentada deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, e, caso obtido um acordo, este será anotado na própria petição inicial, “que será devolvida ao autor”, mandando cancelar a distribuição, resultando em que nada conste nos arquivos do Poder Judiciário.

Observe-se que, no geral, para falar em acesso à justiça, a resolução do conflito de interesses deve ocorrer de forma tempestiva, adequada, útil e eficiente. A brevidade na solução do conflito é da essência do acesso à justiça. A forma, amigável, dialogada, consensual, é adequada e útil, pois tem a finalidade de curar o mal de que as pessoas envolvidas numa relação conflituosa reclamam. O que importa para elas, é se curar do mal que se queixam. A mediação é um meio pacífico, não adversarial, onde a comunicação, o diálogo deve prevalecer, contando as pessoas envolvidas no conflito com a pessoa de um terceiro, o mediador, que é um coadjuvante, um auxiliar delas na busca da solução⁵⁸.

Este método é totalmente eficiente, porquanto pode, por intermédio dele, pôr fim ao conflito de interesses com uma solução encontrada pelas próprias pessoas dessa relação conflituosa. A resolução dos conflitos de interesses é obra das próprias partes, e não de um terceiro, como ocorre no ambiente do Poder Judiciário. Portanto, não há qualquer dúvida de que a mediação é um poderoso método de solução de conflitos de interesse, para se atingir a pacificação social, atingindo, dessa forma, o direito e garantia fundamental do acesso à justiça.

Tanto isso é verdade, que a nova filosofia do direito é incentivar a utilização desse método, estimulando-o, estando ele previstos em lei de vários países, como também é recomendado pela doutrina, principalmente nos conflitos familiares, o que

⁵⁷ Procedimento semelhante foi previsto no CPC de 2015, no art. 695, § 1º.

⁵⁸ Sobre mediação no direito de família, I.A. RUIZ, *Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito da família*, em *Revista Jurídica Cesumar*, v. 3, n. 1, 2003, p. 7 ss.





se pode dizer, é que se trata de uma antiga forma de se fazer justiça, numa leitura atualizada, à luz da Constituição, na legalidade constitucional.

Poderia, no entanto, surgir o questionamento se nas questões de ordem familiar poderia lançar mão da mediação para solução destes conflitos, uma vez que a mediação, como método autocompositivo, não adversarial, seria mais apropriado e adequado às questões envolvendo “direitos patrimoniais disponíveis”, o que constituiria um óbice se se entender que os assuntos envolvendo direito de (ou das) família, pela constitucionalização do direito civil e, conseqüentemente, do direito de (ou das) família, seria de natureza pública, não havendo disponibilidade do objeto, por se tratar de matéria de ordem pública.

Nesta reflexão, adentra-se na questão de se saber se o direito de (ou das) família é de natureza de direito privado ou de direito público, ou seja, qual a natureza do direito de (ou das) família? A respeito, tem divergência na doutrina, pois encontra quem defende ser de direito privado, enquanto outros ser de natureza pública. Se se partir do entendimento que as normas do direito de família estão inseridas no Código Civil, que disciplina as relações entre as pessoas, por essa razão sustentável a posição de se enquadrar no âmbito do direito privado, dado o seu caráter privado.⁵⁹ Mas, se por outro lado se entender que o Estado deve dar proteção a família e dispor sobre o regramento de suas relações, pode-se afirmar que o direito de (ou das) família encontra fundamento no domínio de normas imperativas, nas normas cogentes, havendo interesse público, a tendência seria afirmar que o direito de (ou das) família seria de direito público. No entanto, inserir este direito no rol dos direitos públicos está se permitindo a intervenção do Estado na esfera da vida íntima das pessoas. Entende-se que, pela peculiaridade do caso, quando se perquire a natureza do direito de família, poder inserir numa “natureza mista”⁶⁰, pois algumas normas são nitidamente de ordem privada, enquanto algumas outras se observa um colorido de ordem pública. Independentemente desse enquadramento, se privado ou público, é inegável que o direito de família deve ser interpretado conforme os valores inscritos na Constituição Federal.

⁵⁹ Nesse sentido, confira-se: J.L.C. DE OLIVEIRA, F.J.F. MUNIZ, *Curso de direito de família*, 4. ed., Curitiba, Juruá, 2002, p.15. Também, defendendo a natureza direito privado, M.B. DIAS, *o.c.*, p. 34.

⁶⁰ É o que se vê no direito do trabalho, onde se tem o empregado e o empregador na relação de trabalho. Tem, na doutrina do direito de trabalho, o entendimento de ter uma natureza mista, pois, há normas de nítido colorido de direito público, onde o Estado intervém.





Entendendo que o acesso à justiça é um direito e garantia fundamental e, também, que o direito processual civil está constitucionalizado, devendo ser lido à luz da Constituição vigente, a mediação deve ser utilizada como meio eficiente, pois ela, hoje, além de ser prevista nas legislações não só do Brasil, mas de vários países, e, ainda, nos ensinamentos doutrinários, no caso específico do direito brasileiro ela tem previsão expressa no CPC de 2015 (art. 3º., §§, c/c os arts. 693 a 699), devendo ser incentivada, porquanto este método está em plena sintonia com o texto constitucional.

Assim, conclui-se que a mediação deve ser utilizada sem qualquer restrição na maioria dos casos envolvendo conflitos familiares, com exceção, evidentemente, naqueles casos em que há uma limitação da legislação em nome de valores fundamentais e supremos, como se constata no direito de (ou das) família, *v.g.*, no tratamento legal das questões referentes aos alimentos, em que não se permite a renúncia, ou também nos casos de se buscar a paternidade, ou direito a sua identidade.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas democracias presentes nos Estados Democráticos de Direito, necessária a existência de uma Constituição, pois além de organizar a estrutura do Estado, prevendo os seus poderes, também insere em seu texto os direitos e garantias fundamentais e os programas estatais.

A Constituição, como documento jurídico máximo na hierarquia das leis, modernamente, acaba adentrando no ambiente dos ramos dos direitos, *v. g.*, direito civil e direito processual civil, dentre outros.

O direito civil, no passado, com a codificação, sempre ocupou, no ordenamento jurídico, uma posição de destaque, tanto que se já afirmou que o Código Civil era a ordem fundamental de uma sociedade, na conhecida era dos Códigos.

Atualmente, nesse contexto do ordenamento jurídico, não há qualquer dúvida, que a Constituição é a lei suprema, principalmente em face dos valores, dos princípios e dos direitos e garantias fundamentais nela inseridos.

Surge, no entanto, a necessidade de se tratar, apesar da hierarquia das leis, o ordenamento jurídico, como um ordenamento jurídico unitário, que deve ser lido, interpretado e aplicado na legalidade constitucional.





Nessa releitura do ordenamento jurídico unitário, as normas jurídicas do direito civil e do direito processual civil, dentre outros ramos do direito, devem ser interpretadas e aplicadas, de acordo com os valores e princípios constitucionais de existência, tudo à luz da legalidade constitucional, até mesmo em face das alterações da realidade social, com inúmeras modificações nos hábitos, nos costumes, na cultura, na tecnologia, na economia, que acabam interferindo no tratamento jurídico.

Assim, a clássica dicotomia direito-público e direito-privado também deve merecer uma releitura no contexto desse ordenamento jurídico unitário, fazendo com que os direitos e garantias fundamentais sejam aplicados nas relações privadas.

E, particularmente, em matéria de direito de família, os princípios constitucionais, *v. g.*, da igualdade, da solidariedade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça devem ser concretizados, mormente utilizando-se da mediação, como mais uma porta aberta, além do Poder Judiciário, para proteção dos direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, FRANCISCO. Direito civil. Introdução, 4. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

ANDRADE, FÁBIO SIEBNEICHLER DE. Da codificação. Crônica de um conceito, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

BEVILAQUA, CLÓVIS. A Constituição e o Código Civil (Conferência pronunciada pelo Professor Clovis Bevilaqua em Fortaleza), em Revista dos Tribunais, v. 97, set./1935.

BEZERRA, PAULO CÉSAR SANTOS. Temas atuais de direitos fundamentais. 2. ed. rev. e ampl., Ilhéus, Editus, 2007.

BOBBIO, NORBERTO. O positivismo Jurídico, Lições de filosofia do direito compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.

CARVALHO, DIMAS MESSIAS DE. Direitos das famílias, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. Programa de sociologia jurídica, 13. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014.

CHAVES, ANTONIO. Lições de Direito Civil, Direito de Família, v. II e v. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.





Cintra, Antonio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini. Dinamarco, Cândido

RANGEL. Teoria geral do processo, 28 ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 184.

DE CICCIO, CLÁUDIO. Teoria geral do Estado e ciência política. Cláudio De Cicco, Álvaro de Azevedo Gonzaga. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, MARIA BERENICE. Manual de direito das famílias, 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens), a Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

DIMOULIS, DIMITRI e MARTINS, LEONARDO. Teoria geral dos direitos fundamentais, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

GODOY, ARNALDO SAMPAIO DE MORAES. Do pátrio poder ao pátrio dever, considerações sobre uma migração conceitual: a paternidade responsável, em LOTUFO, RENAN (Coord.), Cadernos de autonomia privada, Caderno 2. Curitiba, Juruá, 2001.

GOMES, ORLANDO. Introdução ao direito civil, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, com atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior.

GOMES, ORLANDO. Direito de Família, 7. ed., 6. tir., Rio de Janeiro, Forense, 1994.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI. 2.1 – O acesso à justiça no ano 2000, em MARINONI, LUIZ GUILHERME. (org.) O processo civil contemporâneo, Curitiba, Juruá, 1994.

LÔBO, PAULO. Direito civil. Famílias, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

LOPES, G. V. Novo Código Civil. Graves violações aos dez mandamentos e à tradição católica do Brasil. Revista "Catolicismo", São Paulo: Padre Belchior de Pontes, setembro de 2002.

MARMELSTEIN, GEROGE. Curso de direitos fundamentais, 2. ed. São Paulo, Atlas, 2009.

MIRANDA, JORGE. Manual de direito constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 4. ed., Coimbra, Coimbra ed., 2008.

MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS. Curso de Direito Civil. Direito de Família, 20. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1982.

MORAES, MARIA CELINA BODIN DE. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, em <https://www.jur.puc-rio.br/wp-content/upload.s/2022/08/Texto-3.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2023.

NADER, PAULO. Curso de direito civil, v. 5, Direito de família, Rio de Janeiro, Forense, 2008. NADER, PAULO. Introdução ao estudo do direito, 38. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016.





NERY JÚNIOR, NELSON. Princípios do processo na Constituição Federal (processo civil, penal e administrativo), 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas no STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

Oliveira, José Lamartine Corrêa de, Muniz, Francisco José Ferreira. Curso de direito de família, 4. ed., Curitiba, Juruá, 2002.

O novo Código de Normas do Foro Extrajudicial do Estado do Paraná (CNFE) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), publicado em março de 2023, por meio do Provimento CGJ nº 318/2023, autoriza os cartórios de notas a realizar divórcios, mesmo quando estão envolvidos filhos menores”. Disponível em: <https://cnbpr.org.br/2023/05/04/cartorios-do-parana-podem-fazer-divorcios-de-casais-com-filhos-menores/#:~:text=O%20art> Acesso: 11/05/2023.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições de direito civil, 18. ed., de acordo com o Código Civil de 2002, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira, v. 5, Direito de família, Rio de Janeiro, Forense, 2010.

PERLINGIERI, PIETRO. Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional, tradução Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PERLINGIERI, PIETRO. O direito civil na legalidade constitucional, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

PUFENDORF, SAMUEL. Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural, trad. de Eduardo Francisco Alves, 1. ed. Brasileira, Rio de Janeiro, Topbooks, 2007.

REALE, MIGUEL. Lições preliminares do direito, 10 ed. rev., São Paulo, Saraiva, 1983.

REALE, MIGUEL. Teoria tridimensional do direito, 5. ed. rev. e aum., São Paulo, Saraiva, 1994. RODRIGUES, SÍLVIO. Direito Civil. Direito de Família, v. VI, 9. ed. São Paulo, Saraiva, 1982.

RUIZ, IVAN APARECIDO. Breves observações sobre a mediação no âmbito do direito da família, em Revista Jurídica Cesumar, v. 3, n. 1, 2003.

TEPEDINO GUSTAVO. Normas constitucionais e direito civil: a recente experiência brasileira, em Revista da Faculdade de direito da Universidade do Porto – RFDUP, Ano XVII-XVIII, 2020-2021.

TEPEDINO, MARIA CELINA BODIN DE MORAES. A caminho de um direito civil constitucional, em Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial, Ano 17, julho-setembro/1993, n. 65.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Curso de Direito Processual Civil – Procedimento Especiais, Vol. II. 50 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 2016.





VALE, IONILTO PEREIRA DO, A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, em Revista de Direito Privado, Ano 11, n. 44, out.-dez./2010.

WATANABE, KAZUO. Acesso à justiça e sociedade moderna, p. 135, em Participação e processo coord. de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

