

O DEVER DE ATUAÇÃO PROATIVA DO JUIZ NA CONDUÇÃO DOS PROCESSOS DE FAMÍLIA

THE PROACTIVE DUTY OF THE JUDGE IN THE CONDUCTION OF THE FAMILY JUDICIAL PROCEEDINGS

VALÉRIA JULIANO SILVA MEDINA*

RESUMO

É evidente a complexidade das relações familiares da pós-modernidade, o que constitui um desafio para o Poder Judiciário que tem o dever de julgar com justiça. Não obstante, diante da ausência de uma legislação processual específica somada à presença de leis ultrapassadas, torna-se ainda mais difícil o julgamento dos conflitos de família no Brasil, em especial pela inexistência de critérios processuais diferenciadores entre os existenciais e os patrimoniais. Neste contexto, realizou-se uma releitura do novo Código de Processo Civil vigente, com base em algumas experiências práticas exitosas vivenciadas no Brasil e em outros ordenamentos, cuja conclusão pautou-se em um tripé interpretativo mais adequado aos conflitos de família, quais sejam: no dever de gerenciamento ativo do juiz na condução dos processos de família; na flexibilização procedimental como ferramenta imprescindível para o desenvolvimento adequado do procedimento; e na presidência pelo juiz togado das audiências inaugurais de todos os processos de família, objetivando tomar as decisões e providências mais adequadas a cada caso, de acordo com o grau de litigiosidade, reduzindo o custo e o prazo de duração do processo, alcançando uma prestação jurisdicional efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Família. Ativismo judicial.

ABSTRACT

The complexity of the family relationships of post-modernity is evident. This fact is a challenge for the Judiciary, that has a duty to judge fairly. Nevertheless, given the absence of specific procedural legislation, added to the presence of outdated laws, it is even more difficult to judge family conflicts in Brazil, especially because of the lack of procedural criteria that differentiate existential and patrimonial ones. In this context, a re-reading of the new Code of Civil Procedure in force was made, based on some successful practical experiences in Brazil and other jurisdictions, whose conclusion was founded on a more adequate interpretative tripod to family conflicts, as follows: in the duty of active management of the judge in the conduct of family proceedings; in procedural flexibility as an essential tool for the proper development of the procedure; and in the presidency by the senior judge of the opening hearings of all family proceedings, aiming at taking the most appropriate decisions and measures to each case, according to the degree of litigiousness, reducing the cost and the duration of the process, reaching, this way, an effective jurisdictional performance.

KEYWORDS: Civil Procedure. Family. Judicial activism.

* Doutora e Mestre em Direito pela UNESA-RJ. Professora da Universidade Estácio de Sá – RJ. E-mail: vjsmedina@yahoo.com.br.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A complexidade dos conflitos familiares; 1.1 O novo perfil da família brasileira; 1.2 A problemática da ausência de legislação unificada para regulamentar os processos de família no Brasil; 2 A atividade judicial como instrumento para a efetivação dos conflitos familiares; 3 Por um Processo de Família à luz do novo CPC: propostas teóricas e práticas; 3.1 O novo CPC e sua aplicação para as tutelas de família; 3.2 Práticas positivas já experimentadas no Brasil e no mundo; 3.3 Propostas para efetivação do Processo de Família no Brasil; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

É irrefragável que a sociedade brasileira atual enfrenta os problemas da vida pós-moderna, como a fluidez dos sentimentos, a intolerância nos relacionamentos, dentre outros, de caráter afetivo, o que fomenta a imposição de um novo perfil das famílias e seus respectivos conflitos.

Para tentar minimizar os efeitos que as mudanças sociais geraram para o direito, verifica-se uma substancial reforma legislativa em nosso país que reformulou, sobremaneira, o direito material das famílias.

Ocorre que a legislação processual não acompanhou tal evolução, mantendo-se os respectivos procedimentos a legislações ambíguas, ultrapassadas e lacunosas existentes para efetivação dos novos direitos regulados. Nem com a aprovação do novo Código de Processo Civil houve qualquer avanço, considerando a falta de especificidade para regular os mais diversos conflitos de família.

Neste sentido, partindo-se da premissa que os conflitos familiares denotam um alto grau de sensibilidade para serem enfrentados, diante dos possíveis efeitos trágicos que a ruptura familiar pode gerar nas pessoas, estes podem ser classificados como complexos. Surgindo, então, a necessidade de um aperfeiçoamento da técnica processual para que o Poder Judiciário possa enfrentá-los de forma menos impactante e prejudicial aos jurisdicionados envolvidos, ou seja, mais próxima de um julgamento coerente e justo.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, mais propício aos anseios da sociedade pós-moderna, com a ascensão do Poder do magistrado na gestão ativa do processo, bem como a permissão de liberdade procedimental, torna-se premente adequá-lo aos casos de família como ferramenta essencial ao deslinde com justiça.

Não se deve olvidar ao fato de que a análise de algumas experiências práticas exitosas vivenciadas no Brasil e em outros ordenamentos, servirão de base para as sugestões finais apresentadas, garantindo, portanto, um processo mais eficaz.

1 A COMPLEXIDADE DOS CONFLITOS FAMILIARES

Inicialmente, cumpre destacar que a conceituação de família é, sem sombra de dúvidas, uma das mais difíceis de ser realizada, em razão de sua importante influência em diversos segmentos da sociedade, em especial a complexidade da vida humana. Assim, para evitar divagações desnecessárias, forçoso limitar-se a considerá-la um elemento estruturante do ser humano, seu arcabouço biológico ou sentimental/afetivo.

Na sociedade cotidiana percebe-se a existência de uma pluralidade de famílias, em especial no período posterior às Grandes Guerras, com a ascensão da dignidade humana como marco inicial de uma nova era, em que as relações se pautaram, em demasia, no afeto em detrimento da conveniência e oportunidade da sociedade ou Estado/política, o que se denominou intitular de pós-modernidade.

Alguns filósofos modernos regozijam-se em debruçar suas indagações a respeito das novas concepções familiares, como o veículo condutor das mudanças sociais, políticas e, quiçá, jurídicas, sobre a humanidade nos dias de hoje. Dentre eles, destaca-se Luc Ferry (2008), um dos principais defensores do humanismo secular, que coloca a proposta da consolidação das famílias na pós-modernidade embasadas no amor e no afeto, como uma das premissas para uma reconstrução de paradigmas, amparados no prestígio do privado em detrimento do público/político.

Em sua obra 'Famílias, amo vocês', o aludido autor ressalta a profunda mudança de horizontes que sofreu a sociedade moderna sobre a concepção da instituição familiar, hipótese em

que começa a obra citando André Gide (*apud* FERRY, 2008, p. 9) em ‘*Les nourritures terrestres*’ – “*Famílias! Como as odeio! Casas fechadas; portas trancadas; apropriação mesquinha da felicidade.*”. Destarte, conclui Ferry¹ seu pensamento, com a convicção de que foi a família pós-moderna, o mais poderoso vetor de formação de uma nova sociedade individualista e igualitária, fundada em um humanismo livre de abstrações filosóficas, científicas ou jurídicas, existentes até então.

De acordo com tal concepção humanística, não se pode deixar de lado as lições de Zygmunt Bauman (2001; 2004), acerca da volatilidade das relações pessoais vislumbradas nas sociedades atuais, causadas, em especial, pelo individualismo. Em suas obras, denominadas de “líquida” este tipo de comportamento humano, cada vez mais ‘flexível’, acaba gerando níveis de fragilidade e insegurança sociais mais agravantes, impondo-se uma reflexão. Na obra *A Modernidade Líquida*, Bauman² fará, ainda, menção a esta fluidez das relações familiares, que são facilmente percebidas em diversos ordenamentos jurídicos atuais, gerando os infinitos conflitos impulsionados aos tribunais de família, que têm a árdua tarefa de solucioná-los.

Em *Amor Líquido*, Zygmund Bauman³ descreve uma realidade desta pós-modernidade, em que as relações amorosas deixam de ter aspecto de união e passam a ser mero acúmulo de experiências, o que justifica o crescente número de divórcios e rompimentos de estruturas familiares, além da formação de novos núcleos. E não é só. As transformações realizadas no seio da sociedade em relação a esta nova concepção de família, resultaram em profundas alterações deste perfil, como o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a redução do número de filhos, o que certamente fomentou o volume de litígios nesta seara. Tais fatos são destacados por Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 45) como fatores determinantes na eclosão da chamada ‘crise da administração da Justiça’.

1 FERRY, 2008, p. 76-90.

2 BAUMAN, 2001, p. 13.

3 BAUMAN, 2004.

Toda esta complexidade de fatores que influenciam as bases familiares da pós-modernidade, como a fragilidade das relações interpessoais, por exemplo, tendem a acabar, muitas vezes, em conflito. Evidente que, quando submetidos ao Poder judicante, estes merecem uma recepção adequada, mediante ferramentas instrumentais devidamente preparadas, com a finalidade de se chegar à almejada justiça que, aplicada aos direitos existenciais, se é alcançada com a garantia da felicidade, liberdade e dignidade entre seus membros.

Não obstante, para desenvolvimento da proposta em voga, é necessário o esclarecimento acerca da concepção de casos complexos postos à solução jurisdicional, ora delimitada. Tratam-se dos casos difíceis, propostos por Dworkin (2014)⁴ e outros jusfilósofos⁵ consistentes nos maiores conflitos submetidos à apreciação jurisdicional em que a simples subsunção, isto é, a adequação da lei ao caso concreto, não será suficiente para solucioná-los. Nesta hipótese, será imprescindível uma atuação diferenciada do magistrado para conseguir alcançar um resultado justo e adequado.

4 O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. [...] Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente. DWORKIN, 2014, p. 127.

5 Um caso é difícil quando os fatos e normas relevantes permitem mais de uma solução (antinomia), quando dois ou mais princípios colidem, quando não existe norma aplicável (anomia – lacuna), ou, ainda, quando mesmo que se disponha de norma clara, ela seja injusta e, finalmente, naquelas circunstâncias em que, a despeito da existência de precedente judicial, considere-se necessário empreender mudanças. RODRIGUEZ, 1997, p. 68. [...] Os casos difíceis, por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e outros. [...] ATIENZA, 2000, p. 119.

1.1 O NOVO PERFIL DA FAMÍLIA BRASILEIRA

No Brasil, a concepção de família consubstanciada na dignidade humana e nos ditames da afetividade só foi consolidada, efetivamente, com a promulgação da Constituição de 1988, na qual aparece pela primeira vez em um *status* qualificado, de acordo com sua importância. Assim, dispõe o *caput* do art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”.

Este texto representou uma inovação na forma de se compreender uma constituição familiar, não mais necessariamente proveniente de um casamento formal, mas, também, fruto de uma “união estável” entre um homem e uma mulher, como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, § 3º).

Não é demasiado ressaltar que, em interpretação ao aludido dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela ampliação do conceito de entidade familiar, expandindo-o aos casais homoafetivos. Esta mudança de paradigma resultou na edição da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça⁶, que permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, hipótese em que se torna fundamental ampliar o aludido conceito de família, trazido naquele diploma.

A união entre pessoas, legalizada ou não, com certa duração, enquadra-se nos moldes de um núcleo familiar, isto é, um agrupamento de indivíduos unidos por laços de sangue, vínculos afetivos ou comunhão de interesses. A Lei Maior também menciona a possibilidade de a família ser constituída por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º), reafirmando a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (artigo 226, § 5º), além de estabelecer o tratamento igualitário dos filhos, sem qualquer designação discriminatória.

6 Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça: Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

De outra feita, a nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais, como a *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, III, da CF); *isonomia*, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o tratamento jurídico igualitário dos filhos (artigo 5º, I da CF); a *solidariedade social* (artigo 3º, I da CF); e a *afetividade* que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica.

Nesse sentido evolucionista, o Brasil passou a assistir a uma série de alterações e inovações normativas no campo do Direito de Família, que abarcam desde a promulgação de legislação específica, infraconstitucional, como o Código Civil vigente, à criação de emendas à própria Constituição Federal, objetivando adequar-se às mudanças sociais.

1.2 A PROBLEMÁTICA DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO UNIFICADA PARA REGULAMENTAR OS PROCESSOS DE FAMÍLIA NO BRASIL.

Não se pode negar que as mudanças no perfil das famílias percebidas na sociedade brasileira da pós-modernidade, influenciaram sobremaneira as alterações legislativas neste campo, sendo certo que não tiveram o condão de transformar a burocrática sistemática processual vigente, o que constitui a grande preocupação deste trabalho.

Em geral, as leis especiais brasileiras que versam sobre direito de família são eminentemente materiais, quiçá, tratando de forma muito tímida os aspectos processuais, o que acaba gerando muitos precedentes interpretativos e sem muitos avanços em matéria de efetividade na solução dos litígios.

Para tentar minimizar esta ausência legislativa uniforme, na seara do direito de família, um grupo de juristas através do IBDFAM⁷ encaminhou uma proposição legislativa denominada

7 Instituto Brasileiro de Direito de Família.

‘Estatuto das Famílias’, ora encampada pelos órgãos legislativos nacionais (PLC nº 2.285/2007⁸ e PLS nº 470/2013⁹).

A aludida projeção visa a positivizar um direito de família mais propício às necessidades e realidades da sociedade contemporânea. Assim sendo, encampa vários projetos de lei específicos que tramitam no Congresso Nacional, bem como tem a pretensão de atualizar e aprimorar as leis existentes, objetivando buscar soluções para os conflitos e demandas familiares, a partir de novos valores jurídicos como o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade.

Além da ideia de assegurar direitos materiais, também há preocupação com sua efetividade, hipótese em que regula aspectos processuais e procedimentais. Sob esta ótica, a proposta é escrita levando-se em consideração a celeridade, a simplicidade, a informalidade, a fungibilidade e a economia processual como paradigmas da efetivação e da concretização dos princípios constitucionais da igualdade, dignidade e solidariedade familiar.

Considerando as premissas capitaneadas por tais projetos que pretendiam unificar as leis esparsas em direito material e regular questões processuais para sua aplicação, em um único estatuto, em março de 2015, foi aprovado o novo Código de Processo Civil brasileiro (lei nº 13.105/2015) que regulou, pela primeira vez no país, um capítulo destinado às demandas de família, o que será abordado adiante.

Apesar de todos os esforços empreendidos no sentido de se aprimorar a burocrática e ineficiente prestação jurisdicional nas demandas de família, ainda há uma grande lacuna no que tange a uma necessária especialidade no âmbito procedimental para que se alcance, de fato, a efetividade.

Esta preocupação também foi percebida em outros ordenamentos, em especial por aqueles pertencentes ao *common law*, como Reino Unido e Austrália, que já implementaram alterações legislativas para regulamentar um processo de família

8 Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso 23 Ago 2016.

9 Disponível em: www.senado.leg.br. Acesso 23 Ago 2016.

autônomo em relação direito processual civil, o restará melhor abordado. No entanto, outros países pertencentes ao mesmo sistema jurídico, como Estados Unidos da América e Canadá, há uma forte tendência para a mesma unificação, sendo verídico que já há, no Estado norte-americano do Arizona, uma lei específica para os conflitos de família, o que ratifica as premissas ora ventiladas.

Assim, objetivando trazer a lume as experiências vivenciadas por estes ordenamentos, que constituirão inegável fonte de inspiração para as premissas que serão desenvolvidas a partir do novo Código de Processo Civil brasileiro, mister destacar as principais inovações legislativas de cada um deles.

Inicialmente, cumpre tecer as considerações acerca do sistema processual do Reino Unido, de modo que seja possível desenvolver uma análise da legislação processual de família aplicada pelas *'Family Courts'*. É relevante ressaltar o fato de que o sistema inglês insere-se em uma tripla divisão processual, quais sejam, civil, penal e de família, com regras legislativas e práticas diretivas específicas para cada ramo do direito.

Os conflitos familiares são julgados pelas *'Family Courts'* que têm competência específica para os seguintes litígios: conflitos parentais envolvendo educação dos filhos; proteção das crianças por intermédio de autoridades locais; divórcios; suporte financeiro para os filhos e as consequências do rompimento como guarda e visitação; alguns aspectos da violência doméstica e adoção.¹⁰ Segundo relatos oficiais do governo do Reino Unido, os juízes, ao serem designados para julgamento das causas nas *'Family Courts'*, são submetidos a um treinamento diferenciado com especialistas, considerando as peculiaridades destas.¹¹

As *'Family Procedure Rules – FPR 2010'* e as respectivas práticas diretivas entraram em vigor em 6 de abril de 2011, e, entre seus objetivos precípuos, estão o dever de cooperação das partes com o tribunal; o de gerenciamento ativo do magistrado na condução do processo. Neste jaez, o dever de estabelecer um

10 Disponível em: www.judiciary.gov.uk. Acesso 15 Ago 2016.

11 *Idem.*

cronograma ou outra forma de controle da causa, bem como a possibilidade de decidir prontamente as questões que envolvem grande complexidade e resolvê-las, aplicando o procedimento a ser seguido no caso, inclusive com incentivo à atividade cooperada das partes e que fomente uma direção rápida e eficaz ao processo. Compete-lhe, também, decidir a ordem em que os processos devem ser resolvidos, inclusive a utilização da prova pericial, além de incentivar as soluções consensuais da lide, dentre outros.

Insta registrar na fase preambular da demanda, assim como ocorre no Código de Processo Civil inglês (CPR 1998), há menção às disposições sobre a aplicação dos *pre-actions protocols* junto às *Family Courts*. Trata-se de um procedimento prévio ao ajuizamento da ação concebido através de formulários oficiais fornecidos às partes. Seu propósito é estimular uma prévia troca de informações sobre a causa de pedir da pretensão, além de fomentar uma possível conciliação ou mediação, podendo, ainda, fornecer elementos eficientes ao juiz para gestão do processo, caso não seja possível evitá-lo.

Constata-se uma nítida preocupação legislativa com a autorização judicial de realização da prova pericial em um momento inicial do processo; seja na fase dos *'pre-actions protocols'* ou, similar, em casos de procedimentos especiais; seja na designação de uma audiência desde a fase preliminar da lide, objetivando evitar uma demora injustificada do processo, o que feriria o objetivo primordial da lei (*overriding objective*), devendo ser rechaçado pelo magistrado.

É conveniente destacar, ainda, que na aludida legislação há enfoque para os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, ora denominados de *'Non-Court Dispute Resolution'* e evidencia a atividade da mediação como uma das mais importantes formas de permitir a discussão dos problemas envolvidos e sua possível solução, com mediadores experientes e aptos nesta missão.

Ante as exposições supra, é nítido concluir que há uma preocupação de condução do processo de acordo com as peculiaridades da causa, caso em que o magistrado tem esta árdua tarefa de gestor do procedimento, o que constitui uma das premissas do texto processual de família do Reino Unido.

O sistema processual de família na Austrália é muito semelhante ao do Reino Unido, representado por uma legislação própria de processo de família com a existência de práticas diretivas que as orientam, ora denominada ‘*Family Law Rules – FLR 2004*’¹² e estabelece como principal objetivo a resolução dos conflitos de forma justa e oportuna, de acordo com as peculiaridades do caso, dentro de um custo razoável para as partes envolvidas.

É de notável percepção as peculiaridades da norma processual no que tange aos conflitos de família e sua nítida intenção de se conceber uma tentativa de solução consensual entre as partes desde o início da demanda, hipótese em que estabelece logo no primeiro capítulo da lei a instauração obrigatória dos *pre-actions procedure*, exceto para algumas ações, como casos de parentalidade com abuso de violência; envolvendo patrimônio, inclusive com casos de violência doméstica; situações de urgência; prejuízo para o requerente, dentre outras.

Há uma divisão muito clara dos procedimentos de caráter patrimonial, como regras específicas para o divórcio e partilha de bens, para os que envolvem questões existenciais, como interesse de menor, guarda, violência doméstica, inclusive com atuação diferenciada nos crimes advindos de relações familiares.

Ademais, há previsão de uma atuação ampliada da magistratura, como no *case management* muito similar ao inglês, em que se podem tomar decisões adequadas ao caso concreto com a intenção de efetividade e redução de custos. Há, também, previsão expressa de incentivo às partes em qualquer fase do processo para evitar o julgamento pela Corte, ensejando outras formas de resolução de conflitos.

Outra notável especificidade do sistema processual familiar australiano consiste na fase de produção de prova anterior ao julgamento, os ‘*disclosure*’ muito semelhante ao do sistema do Reino Unido, cujo objetivo é permitir o fomento à produção da prova o quanto antes, evitando o prosseguimento do feito e o julgamento final - ‘*trial*’.

12 Disponível em: www.legislation.gov.au. Acesso 26 Ago 2016.

Nos Estados Unidos da América, como aventado, não há uma regra processual federal específica para regular os conflitos de família, mas como há a prevalência de um sistema federativo permitindo total autonomia legislativa, apenas no Estado do Arizona, restou aprovada uma legislação específica para regular os processos de família, no ano de 2006. Nesta refletem-se as tendências atuais da complexidade dos casos, prevendo a flexibilização das regras probatórias para se tornar mais compreensível para os litigantes, além de incentivar a prática de resolução alternativa destes litígios, como a mediação, auxílio de coordenadores parentais e outros profissionais especializados, como forma de garantir uma administração eficiente da justiça.

Uma peculiaridade notável desta lei do Arizona consiste na possibilidade de designação de uma sessão para solução do caso, de ofício, se as próprias partes não cumprirem as formalidades legais para requerimento de uma audiência de julgamento ou colheita de provas em até 120 dias. Normam J. Davis (2006) sustenta que tal fato encoraja as famílias na resolução do conflito o mais rápido possível, fomentando, ainda, a reconciliação como forma de redução do estresse causado pelo processo. O citado autor, como juiz do Tribunal de Família do Condado de Maricopa, destaca que em um ano após a aprovação da lei, houve uma considerável redução do número de casos pendentes de julgamento, destacando que esta regra foi escrita especialmente para regular os casos de crianças e famílias e que a flexibilidade procedimental é uma forma de melhorá-la, sem sacrificá-la.

2 A ATIVIDADE JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DOS CONFLITOS FAMILIARES

Não se pode olvidar que no Brasil é facilmente perceptível a ineficiência do Poder Judiciário para resolução das causas familiares, em especial, por três motivos aparentes, quais sejam: o atraso da legislação; a formação individualista e apegada ao formalismo do magistrado, incompatível com a sociedade moderna; e o alto grau de complexidade dos conflitos postos à solução.

O descompasso da legislação com a realidade concreta apresentada em juízo para solução premente é uma questão que, de fato, dificulta em demasia a prolação de decisões adequadas. Para reverter essa situação, torna-se imprescindível que se modifique a cultura do magistrado a fim de que, deixando de ser um juiz “boca de lei” – aquele que decidia exatamente nos moldes da norma, código ou preceito -, realize uma hermenêutica constitucional voltada a garantir os princípios que identificam os valores do ordenamento, a exemplo da dignidade, da solidariedade, da igualdade, da liberdade e, na ceifa familiar, da felicidade.

Essas crises de efetividade e de identidade são o reflexo da insuficiência para os dias atuais do padrão moderno-normativo do Poder Judiciário, cujas insígnias ainda se apresentam sob roupagem atrasada, estrutura burocratizada, procedimento complexo e formal, além de uma interpretação normativo-legalista baseada no positivismo, o que põe em risco a segurança jurídica.

Mesmo diante de um novo perfil de sociedade, verifica-se que a revolta causada pela injustiça legislativa e jurisdicional ainda é evidente em tempos pós-modernos, nas quais as constantes e infundadas tentativas de solucionar a “crise do Judiciário” brasileiro com as reformas legislativas, em especial as do processo, que vêm ocorrendo desde o advento da Constituição de 1988 e culminaram com a aprovação do novo Código em 2015, estão longe de atingir uma satisfação.

Tal fato pode ser afastado por uma atuação jurisdicional mais ativa, verificada através de uma postura mais audaciosa da magistratura, objetivando a garantia da efetividade.

Partindo-se das premissas de que a participação do magistrado é fundamental para que seja possível verificar o avanço necessário da prestação jurisdicional, cumpre citar Dworkin (1999) e sua tese sobre o papel de Hércules, um juiz inspirado em uma figura mítica detentora de virtudes, como paciência, sabedoria e habilidade sobre-humanas, devendo ser cômico e cumpridor de suas responsabilidades. E, para tal desiderato, aceita o direito como integridade. Neste árduo papel tem, não só o dever de desenvolver as possíveis teorias capazes de justificar os diferentes aspectos do sistema, porém também testá-las. De vez que a atuação judicial

não pode se pautar em uma interpretação livre e deliberada, mas naquela que molda e exprima uma construção jurídica plausível e de acordo com o texto legal. Em suma, o juiz não está autorizado a inventar algo novo, mas sim adequar o que se pode ter de melhor, dentro da legislação vigente, para se alcançar uma decisão mais próxima da eficaz e justa prática social.

A atuação jurisdicional mais ousada, diametralmente oposta àquela verificada no sistema positivista, de um juiz burocrata e atrelado à lei e ao pedido das partes, é exigência de um estado democrático de direito e da própria sociedade pós-moderna. No entanto, é imperioso notar que a atividade judiciária não pode ser pautada em uma “carta em branco”, em um solipsismo extremado, mas, sim, em um julgamento responsável, ainda quando casuístico, de vez que, quanto mais o resultado da atividade jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto estará da verdadeira paz social, vertente máxima do julgamento justo.

É notório o empoderamento que os juízes sofreram em grande parte dos ordenamentos jurídicos modernos, em especial ocidentais, ocasionado pelo crescente volume legislativo que acabam gerando dois fenômenos: o sobrecarregamento; e a frequente imprecisão e ambiguidade dos atos legislativos. Isto sem contar a senilidade destes diplomas, o que acaba por deixar as escolhas políticas para a própria fase de sua interpretação e aplicação, ensejando, assim, um ativismo judicial necessário, mas não irresponsável. Verifica-se, ainda, um aumento das responsabilidades pessoais dos juízes, que não refutam seu dever de prestar contas de suas decisões – *accountability*.¹³

O que na verdade a sociedade clama é por um julgamento justo. Entretanto, o conceito de justiça é, sem sombra de dúvidas, um dos maiores desafios da humanidade e está longe de encontrar um consenso. Não obstante, sob o enfoque do constitucionalismo democrático brasileiro vigorante, encontra amparo na função social do processo, decorrente do devido processo legal e sua inequívoca efetividade.

13 CAPPELLETTI, 1989, p. 22-24.

Nesta mesma concepção abrolha a doutrina de Leonardo Greco (2002) de que um processo justo é aquele que desempenha o papel constitucional da efetividade dentro de um Estado Democrático de Direito. Por se tratar de um direito fundamental pautado na dignidade humana, tal tese ratifica-se em contraposição ao dístico que de os fins justifiquem os meios. Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes. Esta concepção enseja a conclusão de que o resultado justo seja de antemão assegurado, pela adoção das regras mais pertinentes à ampla e equilibrada participação dos interessados, somada à isenta e propícia cognição do juiz à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.

Tal afirmação é justificada pela prevalência dos princípios processuais-constitucionais, como o de amplo acesso à justiça, da imparcialidade do juiz, da ampla defesa, do juiz natural, da inércia, do contraditório, da oralidade, da coisa julgada, da igualdade, dentre outros. Objetiva-se destacar com a máxima precisão o conteúdo mínimo destas garantias, amparados pelos valores que norteiam o ordenamento pátrio.

Cabe sobrepôr que o supracitado autor, reitera que o processo somente constituirá garantia da tutela efetiva dos direitos, se for capaz de uma efetividade qualitativa, de modo a dar a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus, de acordo com o sistema jurídico. Sem prejuízo de agir de forma participativa no desenvolvimento do processo, em especial do procedimento, desde que adequado à necessidade concreta de uma tutela jurisdicional efetiva. Caso contrário, o juiz deve dispor de meios para ajustá-lo a essa realidade, desde que preserve o equilíbrio entre as partes e não crie situações absolutamente imprevisíveis para ambas.

Estas diretrizes casam-se com a atual redação do artigo 139, VI¹⁴ do novo Código de Processo Civil vigente no Brasil,

14 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir

desde março de 2016, que encampa a postura deste juiz ativo, responsável e ideal para as perspectivas da sociedade moderna. Em verdade, sua legitimação sedimenta-se na solução do conflito com justiça, amparado pela duração razoável do processo e pelo respeito à dignidade humana.

O aludido dispositivo legal permite expressamente a flexibilização procedimental como ferramenta a ser utilizada pelo julgador para se obter um pronunciamento adequado aos mais diversos conflitos expostos à prestação jurisdicional, inclusive aos de família, extremamente complexos e de partes vulneráveis.

A importante participação do magistrado, cujos poderes lhe foram alargados na novel lei processual brasileira, nos moldes das mais modernas do planeta, tem por objetivo garantir maior evidência de sua presença na gestão do processo, de modo que às partes possam ser diligenciados outros princípios protetivos, tais como: a não surpresa, o que se legitima pelo contraditório; a paridade de defesa; dentre outros, justificando a persecução por um “processo justo”.

É oportuno acrescentar que, todo o juiz interessado na ampliação e aperfeiçoamento da função jurisdicional, possui condições objetivas de implementar mudanças na atividade prática vivenciada, concretizando o valor da justiça. Tal gesto encontra espeque na própria legislação processual vigente, em especial no princípio da eficiência¹⁵, expressamente sufragado no art. 8º.

maior efetividade à tutela do direito;

- 15 A eficiência é uma noção relacionada com o desempenho de entes privados consistindo num vínculo entre custo e resultado, ou na relação entre finalidades lucrativas e utilização dos recursos disponíveis. Em outras palavras, a eficiência na atividade econômica está presente se houver, a um só tempo, aumento dos ganhos e diminuição dos custos. [...] O Princípio da eficiência está relacionado com a gestão do processo e com o princípio da adequação. O juiz, para livrar-se da rigidez procedimental e para ajustar o processo às peculiaridades do caso deve adaptar o procedimento, mas deve fazê-lo de modo eficiente. A eficiência deve, ainda, funcionar como diretriz interpretativa: os enunciados normativos da legislação processual devem ser interpretados de maneira a observar a eficiência, permitindo-se que se adotem técnicas atípicas ou, até mesmo, que se pratiquem negócios processuais. A eficiência constitui, na verdade, mais uma qualidade do devido processo legal. O processo devido deve, além de adequado, ser eficiente. O *due process of law* exige que o

Com fulcro no princípio da eficiência, o magistrado tem a “permissão” do ordenamento para aplicar o melhor direito ao caso concreto, podendo realizar atividades interpretativas, empregar medidas atípicas para satisfação de decisões, entre outros atos, que validam tal desiderato.

Toda esta bagagem pode e deve servir de impulso para o desenvolvimento de outras práticas pela magistratura, sempre fundadas no compromisso ético e moral com a realização do “justo”.

3 POR UM PROCESSO DE FAMÍLIA À LUZ DO NOVO CPC: PROPOSTAS TEÓRICAS E PRÁTICAS

Tomando por base as ideias iniciais já desveladas no item supra, em especial a devida legitimação do magistrado para aplicar a nova lei processual com as vezes de realização da justiça adequada ao caso concreto, é que se pretende trazer à baila os instrumentos necessários para a idealização de um processo de família no Brasil.

Ratifica-se, por conseguinte, a importância de um ativismo judicial temperado, ante às exigências de uma sociedade complexa e pluralista, como a que se encontra inserida a brasileira, o que já restou sedimentado, a fim de que o direito ‘justo’ possa ser aplicado. Não se pode conceber, todavia, sua utilização de forma arbitrária, sob pena de se vislumbrar um “(des)serviço” na prestação jurisdicional e, como consequência, um agravamento das tensões sociais, sobretudo nos conflitos de família, em que a carga moral e social são das mais amplas e dinâmicas possíveis.

Se o monopólio da jurisdição foi atribuído ao Poder Judiciário com a intenção de resolver os litígios e se chegar à paz social, ao dirimir conflitos existenciais esta finalidade se potencializa, eis que ao magistrado compete, não só o dever de

processo seja adequado e eficiente: haverá eficiência, se houver observância do juiz natural, da isonomia, da duração razoável, do contraditório, da adequação, enfim, o processo judicial deve ser adequado e eficiente. O procedimento em contraditório deve ajustar-se, de modo eficiente, às peculiaridades da causa, do direito a ser aplicado e das partes envolvidas. CUNHA, 2014.

resolvê-los com justiça, mas também garantir a possibilidade das partes envolvidas encontrarem a merecida paz.¹⁶

A lentidão da atividade judiciária causa inequívocas injustiças, o que é notório, mas acima de tudo causa angústia, depressão, ansiedade e outros sentimentos que impedem qualquer cidadão de bem avançar em sua caminhada, em especial alcançar a tão sonhada felicidade, consubstanciada na sua paz interior¹⁷.

Partindo-se da premissa de que os litígios de família são casos difíceis, diante da complexidade de fatores que os envolvem, cumpre buscar elementos existentes na própria lei vigente para encontrar ferramentas para a efetividade da prestação jurisdicional, auxiliando os cidadãos envolvidos no litígio no encontro desta paz.

3.1 O NOVO CPC E SUA APLICAÇÃO PARA AS TUTELAS DE FAMÍLIA

A pós-modernidade e as inequívocas mutações sociais, trouxeram uma série de novas demandas que necessitam de uma outra roupagem para sua resolução, onde se exige maior ênfase à subjetividade dos envolvidos e, como consequência lógica, a

16 Por isso já se disse – e nunca é demais repetir – que aquilo que se vê nas Varas de Família, é *tristeza, silêncio e ódio*. E o drama humano, certamente, não pode ser resolvido com a aplicação pura e simples da letra fria da lei, porque sempre remonta a uma disfunção de ordem existencial, de origem psíquica ou mental capaz de produzir alteração no comportamento, comprometendo todo o grupo familiar. Tanto o juiz quanto o advogado, especialmente este que, num primeiro momento tem acesso à verbalização do sofrimento, devem ser capazes de *se debruçar sobre o sofrimento dos personagens de cada casamento que desmorona*. Se a família é o lugar, por excelência, do afeto, do amor, do desejo, em uma palavra, da subjetividade, é evidente que o Direito não pode atuar considerando apenas a ordem objetiva dos fatos porque tal visualização reducionista comprometeria irremediavelmente a dimensão humana, eminentemente subjetiva. LEITE, *In*: ZIMERMAN, 2010, p. 251.

17 O ponto a que eu quero chegar é que o sentido de felicidade que mais nos interessa, suponho, é o do grau de satisfação global com a vida que se tem — o *ser feliz* mais que o *estar feliz*. A promessa de felicidade do projeto iluminista dizia respeito à expansão das oportunidades e, principalmente, da capacidade das pessoas em geral de viverem à altura do seu melhor potencial, escolhendo o seu próprio destino, encontrando uma satisfação e um sentido de realização crescentes na sua existência, em suma, fazendo de forma cada vez mais consciente e bem-sucedida o melhor de que são capazes de suas vidas. GIANNETTI, 2002, p. 18.

proposta de um rito diferenciado, adequadamente aplicável aos conflitos que envolvem direitos existenciais, consubstanciados na principiologia da dignidade humana.

Este é o escopo da análise em voga, que sustenta, entre suas vertentes, a equalização das demandas potencializadas através de criação de procedimentos, que viabilizem a jurisdição de forma eficaz para atender a esses conflitos diferenciados de relações familiares, sem afastar a importância da implementação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, como a mediação, por exemplo.

O Código de Processo Civil Brasileiro reservou um capítulo destinado ao regulamento das demandas de família, nos artigos 693 a 699. Convém salientar, no entanto, que tais regras estão inseridas no capítulo que regula os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, à proporção que é ratificado na expressa disposição do artigo 693, a saber: “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.”. Os procedimentos que não envolvem lide foram regulados em capítulo próprio, que será analisado adiante.

Porquanto, é importante ressaltar que, no capítulo em comento, não há regras procedimentais diferenciadas, a ponto de considerar estas ações de rito especial. Eis que regulam apenas atos processuais que devem ser considerados no âmbito destas demandas judiciais, o que ratifica a insegurança procedimental e a vulnerabilidade dos envolvidos, advogados e partes, perante as incertezas no curso do processo, que continuarão a seguir de acordo com o interesse do magistrado.¹⁸

18 No mesmo sentido: “As ações de família não seguem propriamente um procedimento especial, ao menos numa visão mais completa da ideia. Na verdade, em tais ações passam a incidir as regras do procedimento comum a partir de quando frustrada a realização da autocomposição, ou seja, haverá procedimento especial apenas na sua parte inicial. Com outras palavras, há apenas uma fase de procedimento especial, justamente a inicial, voltada à autocomposição. No mais, superada a fase de autocomposição, “observar o procedimento comum a partir de então”. MAZZEI; GONÇALVES, 2016, p. 35.

Isto porque as demandas que possuem legislações próprias não revogadas, como o divórcio e separação (Lei nº 6.515/77), a investigação de paternidade (Lei nº 8.560/92), o reconhecimento de dissolução de união estável (Lei nº 9.278/96) e guarda de filhos menores (Lei nº 10.406/2002, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.058/2014), estabelecem algumas regras processuais que também não são suficientes para justificar a existência de um rito processual especial, hipótese em que acabariam por seguir o procedimento comum.

Eis a crítica primária da qual decorrem duas indagações: a) Por que incluir as demandas de família em capítulo destinado a regulação de procedimentos especiais, se as mesmas, obrigatoriamente, seguirão o procedimento comum, competindo ao juiz a aplicação destas regras supletivamente? e b) Como deverão ser aplicadas as regras processuais inseridas nas legislações específicas dos conflitos destacados?

Infelizmente, é preciso concordar que a confusão procedimental continua existente e é, de fato, um inequívoco problema para a solução destas controvérsias da mais alta complexidade jurídica, o que já foi constatado.

Por esta razão, impõe-se o reconhecimento pela aplicação do procedimento comum a todas as demandas em curso para os conflitos de família, competindo ao magistrado apenas as intervenções previstas na legislação própria e especial, sopesando as peculiaridades do caso, nas quais se encontram estas regras inseridas na parte especial da legislação processual.

Tal premissa, também é fomentada pelo legislador processual na redação do artigo 697, que merece transcrição: “Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o artigo 335.”.

Este fato é de fundamental importância para garantir a segurança jurídica imperiosa para os operadores do direito, militantes nos juízos de família por todo o país, hipótese em que deverá ser vedado ao magistrado realizar quaisquer modificações procedimentais, sem a devida fundamentação, que justificasse eventual diferenciação ao caso concreto, sob pena de nulidade, por violação à própria dignidade humana.

Ademais, não se torna excessivo esclarecer que o fato do direito material ser regulado por legislação especial, não “cria” um procedimento especial para sua dedução em juízo. É preciso que a lei especial descreva as peculiaridades do procedimento para que seja classificado como tal. Muitas delas acabam reportando as demandas ao rito comum do CPC, como as ações de separação e divórcio litigiosos, por exemplo (art. 34 da Lei 6.515/77).

Nada obstante, vislumbra-se a necessidade de aplicação das regras de jurisdição voluntária, previstas nos artigos 719 a 725 CPC, para as mesmas ações, em caso de inexistência de lide, situação em que o Poder Judiciário atuaria como mero órgão de homologação da vontade dos interessados. Sem prejuízo desta mesma ratificação poder ser feita pela via administrativa e extrajudicial, junto aos cartórios notariais, quando não envolver interesse de incapazes ou nascituro. Tais assertivas são expressas na redação dos artigos 731 a 734, da mesma legislação instrumental.

Registre-se que, em se tratando de procedimentos de jurisdição voluntária, não há que se desigualar os atos processuais praticados para tutela de interesses patrimoniais ou existenciais, o que não se pode admitir em demandas litigiosas.

Feitas as considerações propedêuticas acerca do novo CPC e sua aplicação às demandas de família, compete informar que algumas propostas serão expostas adiante, com a intenção de torná-lo uma ferramenta eficaz para a solução dos conflitos familiares, em especial através de uma atuação diferenciada dos magistrados, considerando o poder de gestão ativa, outrora mencionado.

Para tal mister, é preciso demonstrar, diversas experiências práticas vivenciadas que certamente aprimorarão as ideias a seguir desenvolvidas acerca da aplicação do novo CPC como instrumento de efetividade nesta seara, senão vejamos.

3.2 PRÁTICAS POSITIVAS JÁ EXPERIMENTADAS NO BRASIL E NO MUNDO

Decidir um conflito de família não é tarefa fácil. As partes depositam no julgador o dever de decidir os próximos passos de suas vidas e, certamente, saem decepcionadas; seja pela demora na prestação jurisdicional, seja pela ineficiência dos resultados.

Neste diapasão, cumpre demonstrar que algumas medidas de ordem pragmática podem ser tomadas para minimizar os impactos negativos que a jurisdição impõe à sociedade.

Nesta ambiência, defende-se que a primeira sugestão consiste na necessidade de treinamento diferenciado dos magistrados, que exercem os julgamentos das causas de família. Consoante *suso* destacado, há relatos oficiais do governo do Reino Unido, em que os juízes ao serem designados para julgamento das causas nas ‘*Family Courts*’, são submetidos a um treinamento diferenciado com especialistas, considerando as peculiaridades destas.

E, não deve ser diferente neste país. Torna-se fundamental a instituição de mecanismos para implementar e ampliar a criação de um núcleo multidisciplinar de suporte aos juízes das varas de família, com a presença de psicólogos, assistentes sociais, mediadores e outros, que possam auxiliar na melhor aplicação do direito aos casos julgados.

Outra solução proveitosa é a mediação, desde que extrajudicial e pré-processual, que pode ser conduzida tão-somente pelos próprios interessados, diretamente, ou por intermédio de seu(s) advogado(s) que, após a solução do conflito, terá(ão) o dever de elaborar o respectivo termo, que formará um título executivo na forma do art. 784, IV do novo CPC.

Em verdade, é na mediação extrajudicial que se pode identificar sua verdadeira matriz, qual seja, a autonomia das partes, pois que em seu procedimento busca-se, o respeito à liberdade das partes, sem afastar suas responsabilidades apesar de se efetivar “fora” de um núcleo de poder institucionalizador, tal qual o Poder Judiciário.

O objetivo do procedimento de mediação é enaltecer que as próprias partes possam compreender o grau de vinculação que as une e, conseqüentemente, encontrarem um “denominador comum” entre os interesses conflitantes, de modo que alcancem a paz. Para tal desiderato, é de extrema importância a participação de terceiros apaziguadores do conflito, que podem ser os próprios mediadores, se procurados primeiramente pelas partes, mas, também, vir a ser exercido pelos advogados e até mesmo pelos

magistrados, desde que percebam que há real interesse na solução consensual do litígio.¹⁹

Em se tratando de submissão das partes a uma mediação obrigatória, já é possível, consoante regras expressas do novo CPC, mas só deveria ser determinada pelo magistrado, após a devida percepção, o que pode ocorrer no contato com as partes em sede de audiência preliminar. Tal conduta merece toda cautela, sob pena de causar repulsa social e banalização do instituto, o que reduziria, e muito, os benefícios que se poderia trazer aos interessados.

Esta é razão da crítica a ser feita à lei que enseja o encaminhamento das partes à audiência de mediação desde o início da demanda, sem a devida “avaliação prévia” da viabilidade da medida, o que representaria prejuízo financeiro às partes, além de inequívoca perda de tempo e credibilidade do órgão judiciário, o que não é recomendável.

Outros mecanismos que no Brasil têm se mostrado muito eficazes na solução destes litígios, consistem nas práticas colaborativas²⁰, tal qual nos Estados Unidos, onde foram desenvolvidas, pelo baixo custo envolvido se comparada ao processo litigioso, e são consideradas “primas” da mediação, diferenciando-se pela ausência de um terceiro intermediador, que é regra naquela.²¹

Nas práticas colaborativas, as partes são assistidas por seus respectivos advogados, parciais, que devem defender e explorar

19 No mesmo sentido seguem os Enunciados da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF: 16 - O magistrado pode, a qualquer momento do processo judicial, convidar as partes para tentativa de composição da lide pela mediação extrajudicial, quando entender que o conflito será adequadamente solucionado por essa forma. 17 - Nos processos administrativo e judicial, é dever do Estado e dos operadores do Direito propagar e estimular a mediação como solução pacífica dos conflitos.

20 Enunciado 55 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF: O Poder Judiciário e a sociedade civil deverão fomentar a adoção da advocacia colaborativa como prática pública de resolução de conflitos na área do direito de família, de modo a que os advogados das partes busquem sempre a atuação conjunta voltada para encontrar um ajuste viável, criativo e que beneficie a todos os envolvidos.

21 Cf. KRUSE, 2008.

os direitos de seus clientes, objetivando a negociação a partir destas premissas, com destaque para a necessidade de aposição de cláusula de submissão ao processo de colaboração, hipótese em que os advogados atuarão em diversas sessões em que discutirão abertamente os interesses em conflito, visando a se chegar em um consenso.²²

A atuação dos advogados limitar-se-á a estas tentativas. Em caso de impossibilidade de acordo, deverão constituir outros patronos para atuação litigiosa.

Cabe salientar o fato de que nesta fase também é possível o trabalho em conjunto de equipe multidisciplinar, com o intuito de auxiliar as partes e seus advogados na tomada de decisão, em especial quando o conflito envolver interesses de menores e/ou questões econômicas de administração financeira doméstica.²³

É pertinente apresentar a atividade cooperativa das partes, que consiste numa atuação muito semelhante às práticas colaborativas, sendo certo que não há o acordo de desqualificação dos advogados. Isto é, em caso de inexistência de êxito na conciliação pré-processual, as partes continuariam com seus respectivos patronos. Por este motivo, acaba não sendo muito difundido, porquanto sob o ponto de vista ético, os causídicos poderiam não expor todos os “trunfos” e o resultado não seria satisfatório, visto que jazeriam cômicos da real possibilidade de nova discussão em juízo.²⁴

Partindo-se para as práticas desenvolvidas pelos órgãos públicos, compete expor como primeiro exemplo a do Juiz de Direito, Sami Storch (2016), do Estado da Bahia, que iniciou a implantação da técnica de constelações familiares, de Bert Hellinger, nas audiências de processos de família. Tal método permite a compreensão das dinâmicas dos conflitos e da violência de forma mais ampla, além das aparências, facilitando ao julgador adotar,

22 Disponível em: www.praticascolaborativas.com.br. Acesso 02 dez 2016.

23 Cf. KRUSE, 2008.

24 *Idem*.

em cada caso, o posicionamento mais pertinente à pacificação das relações envolvidas.

A aludida prática restou experimentada no seu ambiente de trabalho junto à vara de família e é, detalhadamente, narrada para melhor esclarecimento da técnica, sendo certo que vem auxiliando na efetivação de conciliações entre as partes (os índices de acordos superam os 90%). Isto porque, durante e após o trabalho com constelações, os participantes têm demonstrado boa absorção dos assuntos tratados, um maior respeito e consideração em relação à outra parte envolvida, além da vontade de conciliar.

Outra notável atitude de vanguarda foi capitaneada pela Juíza de Direito Maria Cristina de Brito Lima, enquanto magistrada da 1ª vara de família do fórum regional da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, do qual se teve a oportunidade de experimentar, na qualidade de advogada atuante junto a este órgão jurisdicional, em que aquela, despida do papel de julgadora, designava audiências coletivas prévias nos processos que eram distribuídos para o seu acervo, em que envolviam interesses de menores, como guarda, visitação, alimentos, alienação parental e outros.

Na audiência, a magistrada explicava o que representava um processo judicial e as consequências de um litígio entre os pais, para os filhos, destacando que ela seria a “pior” pessoa do mundo para julgá-los, já que não convivera com eles e não conhecia a realidade individual de cada um, apenas a dos autos. Recomendava reflexões sobre as atitudes dos pais em relação aos filhos, inclusive com uso de imagens e vídeo sobre os riscos da alienação parental, destacando trechos do documentário ‘a morte inventada’. Além de tecer maiores explicações sobre a mediação, como uma boa alternativa na condução do processo de amadurecimento entre os litigantes.

Diversas outras práticas estão sendo desenvolvidas pelos operadores do direito de família, como advogados, defensores públicos, promotores de justiça, juízes e até mesmo os tribunais, inclusive com auxílio do CNJ – Conselho Nacional de Justiça²⁵,

25 Na Recomendação nº 50 do CNJ, no ano de 2014, houve o incentivo para a implementação das oficinas de parentalidade como forma de solução dos conflitos

que certamente oferecerão melhores mecanismos de efetivação das complexas demandas familiares.

3.3 PROPOSTAS PARA EFETIVAÇÃO DO PROCESSO DE FAMÍLIA NO BRASIL

Já restaram tecidas as mais diversas críticas à ausência de legislação processual vigente apta a garantir a eficácia de uma aplicação diferenciada aos conflitos existenciais, no âmbito das relações familiares, considerando a cultura positivista vigente neste país, por todos os operadores do direito.

Entretanto, diante de lacunas e ineficiência legais, não é possível cruzar os braços, e esperar que o Poder Legislativo aprove leis aptas a tornar o Poder Judiciário uma fonte de soluções sensatas, diante da complexidade de causas que lhe são impostas à solução. Até porque, este órgão do Poder tem se mostrado capaz de fomentar soluções mais adequadas para todos os casos, o que se constatou através da chamada ‘judicialização da vida’, e o papel diferenciador que as Cortes Supremas têm desenvolvido em todas as partes do mundo nesta missão.

Ademais, restaram analisadas diversas práticas concretas que denotaram um melhor desempenho jurídico-processual para aplicação de atos judiciais, que mais se aproximam do conceito de efetividade e justiça das decisões. E, como tal, merecem ser validadas e aprimoradas através da chancela dos respectivos tribunais e da própria sociedade, ora destinatária dos serviços.

Entretanto, a lei processual civil dispõe de outros mecanismos que, se bem empregados nas demandas de família, culminariam em uma satisfatória resolução dos litígios, sendo verídico que a flexibilização procedimental, já aventada, representaria uma das vertentes.

A título de exemplificação pragmática da necessidade deste viés procedimental flexível para consecução da justiça no caso concreto, é possível citar a exigência do art. 334 do novo CPC acerca da designação imediata de uma audiência de conciliação

de família e todos aqueles que envolvem relações afetivas.

ou mediação, tão logo seja recebida a petição inicial. Destarte, vislumbra-se a necessidade de que, em todas as demandas distribuídas para as varas de família, sejam designadas uma audiência propedêutica, presidida pelo juiz togado, em que pese a omissão legislativa neste sentido.

Isto porque, será neste exato momento que o magistrado terá contato pessoal com as partes, podendo extrair o “grau de litigiosidade” do conflito, de modo a conduzir o processo a partir deste termômetro. Destaque-se que se trata do primeiro ato após a distribuição da ação e antes da defesa, caso em que todo o longo *iter* processual poderá ser dispensado, gerando uma grande economia de tempo e dinheiro, sem contar que o Poder Judiciário estaria garantindo aos jurisdicionados, a paz social e, quiçá, a felicidade, perquiridas com a prestação jurisdicional.²⁶

A partir de tal percepção, o juiz poderá identificar se o conflito de família versa sobre questão estritamente patrimonial, podendo remeter para o respectivo conciliador, se necessário; ou se é caso de questões existenciais, que merecerão análise diferenciada; e, ainda, ao perceber a real possibilidade de uma solução consensual da lide, remeter o feito para o setor de mediação competente.

Esta análise deverá ser feita pelo magistrado ao receber a petição inicial, sendo vedada a designação imediata de qualquer audiência de mediação ou conciliação sem este primeiro contato pessoal com as partes, momento oportuno para poder aplicar a flexibilização procedimental prevista no aludido art. 139, VI, do novo CPC, dando maior celeridade e adequação ao conflito. Compete-lhe, ainda, enfrentar eventual pedido de tutela provisória

26 Na mesma esteira: “O que legitima socialmente os resultados da atividade jurisdicional não é o procedimento rígido e inflexível, mas a garantia do diálogo entre as partes e entre as partes e os órgãos judiciais. A participação das partes, instrumentalizada pela garantia constitucional do contraditório, pode propiciar a conformação não apenas quanto ao resultado do processo, mas também quanto aos métodos necessários para a sua obtenção. Oportunizar às partes a participação na fixação e na adequação do procedimento à causa sem prejudicar a isonomia, pode trazer vários benefícios como a concretização da cooperação processual, a litigância de boa-fé e a redução de questões preliminares, de incidentes e de recursos, bem como da possibilidade de se alegar cerceamento de defesa.” CAMBI; NEVES *In* DIDIER Jr.; MACEDO, 2016, p. 625-626.

formulado, inclusive com designação de fase probatória imediata, se entender cabível.

Todas estas questões só serão percebidas mediante uma análise perfunctória por parte da autoridade competente, antes ou durante a realização da audiência, permitindo-se, inclusive, ser auxiliado por um *expert* para colheita de prova, como o depoimento pessoal das partes, por exemplo.

Insiste-se na tese de que o juiz está absolutamente legitimado para praticar a liberdade procedimental demonstrada, porquanto sua atividade deve estar empenhada na solução do conflito de forma ‘justa’. Tal fato encontra espeque no amplo acesso à justiça, na duração razoável do processo e no respeito à dignidade humana, todos qualificados pelo “justo devido processo legal”.²⁷

Esta é a razão para sustentar, ainda, a possibilidade de inversão do procedimento, de acordo com o grau de litigiosidade, na forma do artigo 139, VI, do novo CPC e com fulcro no princípio da eficiência, adequando-o às necessidades do conflito, de maneira a conferir maior efetividade à tutela do direito, consoante já asseverado.

Tais premissas assentadas em nossa legislação vigente, podem ser conjugadas com a proposta implementada na legislação do Reino Unido, o que também já foi esclarecido alhures, com especial destaque aos *‘pre-actions protocols’*, que correspondem a um procedimento prévio ao ajuizamento das ações. Trata-se de um verdadeiro código de conduta dos participantes do processo, cujo objetivo é incentivar acordos, reduzir despesas, delongas processuais desnecessárias, além da condução adequada

27 A ausência de expressa previsão legal do princípio da adaptação do procedimento à causa não impede a sua aplicação, pois, como ele decorre da garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa, o ordenamento processual tem que ser interpretado conforme os postulados da unidade e da coerência. [...] A possibilidade de flexibilização procedimental independe de positividade expressa, porque, decorre diretamente do acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV), que, por ser uma garantia fundamental, irradia por todo o ordenamento jurídico. [...] E, como princípio, o acesso à ordem jurídica justa dispõe da função de bloquear elementos incompatíveis com o estado ideal a ser promovido, o que legitima a adaptabilidade do procedimento legalmente previsto às hipóteses em que esse não se coadune com seus preceitos. CAMBI; NEVES *In* DIDIER Jr.; MACEDO, 2016, p. 632-633.

à complexidade do litígio, situação em que, a participação do magistrado é fundamental para o alcance exitoso do projeto.

Evidente que o enfrentamento de questões complexas que envolvem alto grau de fragilidade do ser humano, como os conflitos de família, estão longe de serem resolvidos “num simples piscar de olhos”. Todavia, como tem-se, reiteradamente defendido, é preciso uma mudança radical de paradigmas de todos os participantes do processo, para que seja possível dar o primeiro passo.

CONCLUSÃO

Neste contexto, conclui-se com a certeza de que o dever de gerenciamento ativo do juiz na condução dos processos de família é fundamental para sua solução de forma mais célere e adequada ao litígio.

A flexibilização procedimental se torna uma ferramenta imprescindível para que o magistrado possa implementar as propostas sugeridas, destacando a necessidade de se estabelecer o procedimento comum da lei vigente para todas as demandas, exceto se a lei especial trouxer, de fato, uma mudança significativa neste sentido.

Ressalta-se, ainda, ser imperiosa a presença do julgador nas audiências inaugurais em todos os processos, na forma do disposto no artigo 334 do novo Código, de modo que possa, a partir da análise particularizada do conflito em voga, determinar a condução dos atos processuais para cada feito, de acordo com o grau de litigiosidade percebido, o que deverá servir de fundamento para as decisões a serem tomadas nesta etapa preambular do processo judicial, reduzindo custos e tempo, o que minimiza os efeitos negativos da prestação jurisdicional leniente e omissa.

Por fim, não é demasiado registrar que a experiência vivenciada em outros ordenamentos jurídicos analisados, em especial do *common law*, são fundamentais para garantir que os resultados positivos, diante de uma participação ativa da magistratura, serão evidentes, o que afastaria o temor da sociedade em um Poder Judiciário ineficiente e burocrático como o brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Processo e conflito: os desafios da efetivação das tutelas provisórias em conflitos de família e o código de processo civil de 2015. *In Coleção Repercussões do Novo CPC. Família e Sucessões*. Salvador: Jus Podium, 2016. V. 15.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- _____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BENEDUZI, Renato Resende. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. V. II.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização Procedimental no Novo Código de Processo Civil. *In DIDIER Jr., Fredie (Coord.); MACEDO, Lucas Buril et al (Org.). Novo CPC doutrina selecionada. Parte Geral*. Salvador: Juspodium, 2016. V. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro**. 2014. Disponível em: www.academia.edu. Acesso 10 abr 2017.
- DAVIS, Norman J. **A Reference Guide to the New Family Court Rules**. Arizona Attorney, 2006. Disponível em: www.myazbar.org. Acesso 22 jan 2016.
- DIDIER JR., Fredie. **Apontamentos para a concretização do Princípio da Eficiência do Processo**. 2013. Disponível em: www.lex.com.br. Acesso 10 abr 2017.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRY, Luc. **FAMÍLIAS, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. 2002. Disponível em: www.ufrj.br. Acesso 31 Ago 2016.

KRUSE, Elizabeth. ADR, Technology, and New Court Rules – Family Law Trends for the Twenty-First Century. *In: Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, v. 21, 2008. Disponível em: www.aaml.org. Acesso 22 jan 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A Psicanálise e o Advogado (Familiarista). *In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. 3.ed. Campinas: Milenium, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. V. II.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. V. IV.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio inicial sobre as ações de família no CPC/15. *In Coleção Repercussões do Novo CPC. Família e Sucessões*. Salvador: Jus Podium, 2016. V. 15.

MEDINA, Valéria Julião Silva. **Processo de Família e o novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANGEL, Rafael Calmon. O novo procedimento da ação de divórcio. *In Coleção Repercussões do Novo CPC. Família e Sucessões*. Salvador: Jus Podium, 2016. V. 15.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7.ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário**. 2016. Disponível em: www.direitosistêmico.wordpress.com. Acesso 02 set 2016.

STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil aplicado ao Direito de Família: teoria e prática**. 2.ed. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015.

TORRES, António Maria M. Pinheiro. **O valor da Justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Recebido em: 29/09/2017

Aprovado em: 16/04/2018