

A POLIAFETIVIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA – A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO

MULTIPLE AFFECTIVITY AND ACCESS TO JUSTICE – MEDIATION AS A SOLUTION

Fernanda Sartor Meinero¹
Diógenes Vicente Hassan Ribeiro²

Resumo: As transformações sociais surpreendem o direito. A poliafetividade e as famílias simultâneas têm surpreendido a doutrina e a jurisprudência. A sociedade insiste em viver em liberdade, a despeito da tradição e das normas e da eventual repressão normativa. O acesso à justiça fica abalado com essas novidades e passa a não garantir o direito de liberdade do cidadão. À margem da legitimidade das relações poliafetivas, o presente estudo foca-se quanto aos desafios que essa relação provoca ao Direito, bem como os óbices que encontraria em caso de judicialização de conflitos. Neste sentido, o instituto da mediação pode ser a solução tanto para a continuidade da relação como para os eventuais conflitos que dela surgirem.

PALAVRAS CHAVE: Acesso; Justiça; Família; Mediação; Poliafetividade; Sociedade.

Abstract: Social transformations surprise Law. The multiple affectivity and simultaneous families have surprised the doctrine and jurisprudence. Society insists on living in freedom, in spite of tradition and rules and regulations of any repression. Access to justice is shaken by these news, and it shall not guarantee the right of freedom to citizens. Besides the legitimacy of multiple affectivity relationships, this study focuses on the challenges that this relationship leads to the law as well as the obstacles they find in case of judicialized conflicts. In this sense, the institute of mediation may be the solution for both the continuity of the relationship as to any conflicts that arise from it.

KEYWORDS: Access; Justice; Family; Mediation; Affectivity; Society.

INTRODUÇÃO

As novas vivências afetivas nos Estados ocidentais impõem ressignificações e acarretam a necessidade de que o sistema jurídico apresente soluções. O direito de família e a dogmática jurídica não têm as soluções exigidas. A plasticidade da Constituição Federal e dos direitos fundamentais podem até apontar algumas alternativas, mas as soluções esbarram em obstáculos de diversas ordens verdadeiramente intransponíveis em determinadas circunstâncias. Ocorre uma pressão por soluções. Ainda não se pode dizer que há uma crise, considerando que não há, conforme as informações e dados estatísticos existentes, um expressivo número de situações concretas em curso. Mas é percebida claramente uma

¹ Aluna do Programa de Mestrado em Direito e Sociedade da UNILASALLE – Canoas, RS.

² Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito e Sociedade da UNILASALLE – Canoas, RS

alteração de comportamento social. Essas transformações ocorrem de forma gradativa e desordenada, espacial e temporalmente. São exemplos dessas alterações comportamentais as famílias simultâneas, que têm ocorrido com mais incidência/frequência e há mais tempo, e as famílias poliafetivas, com menor incidência/frequência e há menos tempo. O estudo e a pesquisa que ora é apresentada tratará desse segundo “problema³” – as famílias poliafetivas, que consistem na convivência, como família, de várias pessoas além do número tradicional do casal.

As pesquisas a ser realizadas a respeito desse “problema” podem versar sobre diversos áreas das ciências sociais, como da psicologia, da antropologia, da sociologia, da política, da saúde, além da moral e da religião, dentre outros.

No sistema jurídico, as questões mais importantes decorrem de disputas patrimoniais, de litígios por guarda e visita de filhos e, também, por pensão alimentícia. Paralelamente há a possibilidade de prevenir eventuais litígios futuros, especialmente sobre a existência de uma união, mas mesmo neste ponto há objeções e obstáculos a serem superados. Com efeito, na atualidade as relações poliafetivas levantam discussões acerca da legalidade ou não de sua constituição, e de como os eventuais conflitos gerados por elas serão resolvidos pelo Judiciário.

O presente estudo está centralizado na análise do acesso à justiça, uma vez que o sistema jurídico não apresenta soluções para essas novas vivências. E, desde logo, anuncia-se a possibilidade de solução, mesmo que em parte, pela via da mediação.

Enquanto Estado Democrático de Direito, esse modo de organização política da sociedade deve garantir a realização dos direitos fundamentais, como o de amplo acesso à justiça, definido, segundo Capelletti, como “o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Recentemente, na cidade de Tupã, São Paulo, três pessoas registraram em um Cartório de Notas a relação afetiva vivida por eles. Se os indivíduos tivessem elegido a via judicial para a referida declaração, certamente encontrariam inúmeros óbices para receberem uma tutela ampla do Estado. Embora tenha havido o registro no Cartório de Notas, o sistema jurídico não viabiliza, ou pelo menos não facilita, como se sabe, esse tipo de união e, além disso, há o conservadorismo moral que implica uma carga elevada de preconceitos.

³ Prefere-se a definição de “problema” para evitar outras conexões teóricas que demandariam esclarecimentos, como, por exemplo, “irritação” oriunda da Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann. O “problema” então equivale a uma alteração do modelo jurídico previsto no direito positivo vigente.

O estudo é apresentado em três partes. A primeira faz a análise da família contemporânea, a segunda abordará a questão sempre permanente do acesso à justiça e na terceira a alternativa à jurisdição da mediação, que, na verdade, é vista na atualidade como a via adequada, a correta, caracterizando a jurisdição como a alternativa.

2. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Até meados do Século XX a família brasileira e, pode-se dizer, a família ocidental, era constituída de casal com filhos, e em poucas situações sem filhos, que era a família tradicional, fundada no matrimônio, instituição amparada pela Igreja e que “deveria ser para sempre”. A partir daí começou a ser admitido o divórcio, que extingue o vínculo matrimonial, pois antes, no Brasil, era apenas admitido o desquite, que apenas dissolvia a sociedade conjugal, mas não extinguiu o matrimônio.

As novas formas de se relacionar afetivamente são frutos, segundo Bauman (2004), do amor visto a partir do padrão dos bens de consumo, ou seja, que eles servem enquanto trouxerem satisfação, podendo ser substituídos por outros que prometam ainda mais satisfação.

Essas novas formas de convivência se modificam e se alteram com uma velocidade intensa. Em artigo publicado em 2004 havia uma classificação em nove tipos de composição familiar (PEREIRA, 2004/649): i) família nuclear, que incluía duas gerações com filhos; (ii) famílias extensas, que incluía três ou quatro gerações; (iii) famílias adotivas temporárias; (iv) famílias adotivas, que poderiam ser bi-raciais ou multiculturais; (v) casais; (vi) famílias monoparentais, chefiadas por pai ou mãe; (vii) casais homossexuais com ou sem crianças; (viii) famílias reconstituídas depois do divórcio; (ix) várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo.

Mais atualizado e mais próximo de um tratamento rigoroso e acadêmico, em artigo publicado em fevereiro deste ano já constam onze distinções (SOUZA, 2014/17): i) família matrimonial ou nuclear; (ii) entidade familiar formada pela união estável; (iii) entidade familiar formada pela união homoafetiva; (iv) família monoparental; (v) família anaparental (ex. irmãos); (vi) família pluriparental, ou mosaico, formada por novos casais que trazem os filhos de outras uniões; (vii) família paralela ou simultânea; (viii) comunidade familiar sem parentesco com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica (ex. “república de amigos”); (ix) família unipessoal (pessoas solteiras, descasadas ou viúvas); (x) família uniparental, formada por pessoa que tem filhos de forma independente, recorrendo

a métodos científicos como inseminação artificial; (xi) família poliafetiva, que consiste numa relação múltipla, aberta e consensual entre os conviventes.

Embora esse contexto, não há dúvida de que o direito positivo, desde a Constituição Federal reprime outras formas de convivência, para além daquelas expressamente admitidas. A legislação, portanto, inescandivelmente, é repressora e conservadora do *status quo*.

Parte-se, então, da Constituição Federal, que prevê apenas três formas de famílias: (i) a família nuclear ou matrimonial baseada no casamento civil ou religioso (Constituição Federal, art. 226, §§ 1º e 2º); (ii) a entidade familiar da união estável entre o homem e a mulher (Constituição Federal, art. 226, § 3º); e (iii) a família monoparental (Constituição Federal, art. 226, § 4º).

O Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, ocorrido em data de 5 de maio de 2011, deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, para o efeito de “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 heteroaetiva”.

A toda a evidência que as demais entidades familiares ou comunidades constantes das classificações acima, com exceção das famílias simultâneas ou das uniões poliafetivas, todas as demais não encontram objeções da legislação, nem por isso são reprimidas, uma vez que são naturais e baseadas na consensualidade.

Há um certo exagero em reconhecer como entidade familiar a “república de amigos” que se baseia no afeto e na mútua ajuda, porque, verdadeiramente inexistente qualquer laço que permita compreender a sua permanência e alguma consequência jurídica desse tipo relacionamento além de uma mera relação obrigacional, assim, então pertinente ao direito das obrigações.

A família uniparental da classificação de SOUZA (2014/17) acima mencionada é uma família que se ostenta da era da evolução tecnológica, em que é possível a geração de filhos de forma independente. Nesse caso sim há laços afetivos verdadeiramente familiares que envolvem o núcleo familiar.

Portanto, com exceção do exagero constante da classificação da comunidade familiar da república de amigos, das famílias poliafetivas e das famílias simultâneas não há como dizer que o direito não abriga as demais como entidades familiares, mormente levando em conta o disposto no art. 1.513 do Código Civil que expressamente prevê a liberdade de

comunhão de vida familiar e a não interferência do Estado e de pessoas de direito privado nessa comunhão.

Daí até dizer que o direito permitiria as uniões poliafetivas ou uniões simultâneas há, verdadeiramente, “um precipício dogmático”. Convém lembrar a repressão do direito penal à bigamia, que também é reprimida pelo direito civil com a sanção de nulidade do casamento. O Artigo 235 do Código Penal, inserido no Capítulo I do Título VII da Parte Especial, que trata dos crimes contra o casamento, impõe a pena de dois a seis anos de reclusão ao crime de bigamia, sendo que aquele que contrai casamento com pessoa casada, conhecendo esse impedimento (Código Civil, art. 1.521, VI), fica sujeito a uma pena de um a três anos de detenção ou reclusão. Além disso, o casamento é nulo, nos termos do art. 1.548, II, do Código Civil.

Portanto, é fora de dúvida que o direito reprime outras uniões diversas daquelas admitidas pela Constituição Federal. E, quanto às uniões homoafetivas, por igual a legislação brasileira, na medida em que não admite o casamento, mas, pela decisão do Supremo Tribunal Federal, apenas estendeu os efeitos da união estável para essas vivências familiares, não há, é certo, um perfeito e adequado reconhecimento.

Paulatinamente, todavia, o Judiciário vem aperfeiçoando a admissão da união homoafetiva, pois houve decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1183378, julgado em 25 de outubro de 2011, em que se admitiu, o casamento civil homoafetivo. Assim, considerando ambas as decisões, por um lado estende-se os efeitos e o reconhecimento da união estável às uniões homoafetivas e, ainda, é possível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Isso de modo algum ocorre no caso das famílias simultâneas, de há muito existente e, por igual, relativamente às famílias poliafetivas em que vigora, é certo, uma carga de preconceito elevada.

Não há semelhança muito próxima entre a bigamia e a família poliafetiva, uma vez que na bigamia o que há é uma fraude daquele que é casado e que se casa novamente, assim como daquele que conhece o impedimento do primeiro e que casa com o casado. Na família poliafetiva há relação consensual, não há fraude, mas predomina a vontade de todos os participantes de se realizarem naquela união que, segundo eles, os torna felizes e os satisfaz em todos os sentidos.

Diversos autores, filósofos e sociólogos, já divulgaram pesquisas realizadas sobre essas alterações do instituto ou do sistema da família. Castells (2008) aponta para a crise da família patriarcal, bem como para o enfraquecimento do modelo de dominação masculina. Os

fatores apontados para essa mudança seriam: o aumento na dissolução de casamentos, com a formação de lares por solteiros; a dificuldade de compatibilizar casamento, trabalho e vida; casamentos tardios, conjugados com o envelhecimento da população; a diferença de idade média de mortalidade entre homens e mulheres; ainda, uma libertação da mulher. Essa perspectiva de Castells revela uma evolução da sociedade e, então, por decorrência de todas as suas instituições, entre as quais a família.

Essas modificações da sociedade, e em particular da família, decorrem da ascensão da mulher no mercado de trabalho, deixando a mulher de ser “apenas” a dona do lar doméstico e a responsável por gerar e por criar os filhos. O pai passou a ocupar um papel nesses espaços e a mulher passou a ocupar um papel importante, possivelmente ainda não de igualdade, no mercado de trabalho. Com a maior liberdade à mulher, o número de separações aumentou e de novas uniões, ainda que não admitidas pela legislação, igualmente cresceram.

As necessidades básicas, ao trabalho, por alimentos e por saúde, não deixam tempo livre para que sejam enfrentadas e resolvidas “as burocracias” cotidianas. Daí para a informalidade das uniões – uniões livres – basta dar apenas um passo.

Essa mudança do curso da história, do curso tradicional da vida, fez com que se implementassem alterações legislativas com o objetivo de prevenção e de segurança jurídica, prevendo a lei como seriam solucionados conflitos jurídicos decorrentes dessas novas vivências afetivas. Hoje já se tornou lugar comum dizer que as famílias se baseiam mais nos laços afetivos e muito menos nos laços sanguíneos.

Há outras observações que não decorrem apenas de uma evolução histórica. Bauman aprofunda a discussão e critica os sociólogos que compõem teorias a partir de estatísticas e crenças baseadas no senso comum. Segundo ele, estes seriam apressados ao concluírem que as pessoas estão totalmente abertas a laços afetivos e convívio em comunidade. Algumas revelações somente se dariam por meio da frustração que provocam, pois atualmente as atenções humanas tendem a se concentrar nas satisfações que se esperam obter, mas que “não têm sido consideradas plena e verdadeiramente satisfatórias” (BAUMAN, 2004, p. 6). O autor nos situa numa sociedade de consumidores, onde todos devem agir de acordo com as regras do mercado de consumo. As pessoas são consumidoras e mercadorias ao mesmo tempo, devem atrair e sentir atração.

Bauman tenta explicar as transformações das relações afetivas e suas consequências sociais, contextualizando-as numa vivência líquida. Quanto à função da família, antigamente “os filhos eram pontes entre a mortalidade e a imortalidade”, entre uma vida individual, curta e infinita da família (BAUMAN, 2004, p. 28). Assim, morrer sem ter filhos seria decretar a

morte da família. Estas transformações alteraram a tutela jurisdicional das relações familiares, tendo em vista a expansão de novos modelos frente ao modelo de família abordado pela norma. Segundo o autor, este modelo familiar estaria falido em função das relações de instantaneidade:

As chances de que a família sobreviva a qualquer de seus membros diminui a cada ano que passa: a expectativa de vida do corpo mortal individual parece uma eternidade por comparação. (BAUMAN, 2003, p. 47).

Neste contexto, amar significa arriscar-se, pois desconhecemos o resultado final das nossas escolhas afetivas. Os medos e incertezas quanto ao futuro estão presentes no “ambiente fluido”, e este não une os “sofredores”, ao contrário, os separa (BAUMAN, 2003, p. 47). A falta de certeza quanto aos acontecimentos futuros estendem-se às relações sexuais, pois enquanto um pode estar buscando satisfação imediata e finita o outro pode estar tentando um relacionamento afetivo, fazendo-se instalar a insegurança. Assim, o *homo sexualis* de Bauman estaria fadado a “viagens exploratórias arriscadas e descobertas ocasionais” em busca de “prazeres ilusórios” (BAUMAN, 2003, p. 35).

As relações amorosas encontram “segurança”, ou pelo menos intentam, dentro das dimensões virtuais, que por um lado aumentaram (em termos numéricos) as comunicações, mas essas comunicações e a rapidez/velocidade das relações tornaram o outro um objeto a ser seduzido por caracteres, não merecedor do afeto físico.

Quanto ao casamento, diante da liquidez e fluidez das relações, o melhor modelo seria o “viver juntos”, com a sua estratégia de transitoriedade de coabitação e de possibilidade de rompimento quando não exista mais a necessidade ou o desejo (BAUMAN, 2001, p. 171). A relação baseada no “até que a morte nos separe” parece estar enfraquecida na sociedade, considerando a possibilidade de um relacionamento “indesejável”. Assim, se esta união não é fácil de romper torna “relacionar-se a coisa mais traiçoeira que se possa imaginar” (BAUMAN, 2004, p. 8).

Na tentativa de comunicarem-se os indivíduos contemporâneos buscam freneticamente satisfação, mas que não represente um aprisionamento, a final não se pode ter a certeza da escolha correta. Nesse meio, surgem modelos e configurações de relacionamento livres que acabam por questionarem o Direito quanto a sua “validade”. O Direito codificado, por sua vez, enfrenta a possibilidade de manutenção de valores sociais pretéritos à norma em detrimento da liberdade individual. Ocorre que, numa sociedade complexa e líquida, ameaçar a liberdade individual é colocar a função do Direito em xeque.

Dados demográficos, ainda que se desconfie de dados estatísticos e das suas interpretações, indicam algumas alterações nas composições familiares no Brasil em pouco espaço de tempo. Conforme o IBGE (2013), no ano de 2012, foram encontrados 65,9 milhões de “arranjos familiares”, a maioria composta por pessoas com parentesco (86,6%), já os indivíduos que moram sozinhos foram contados na proporção de 13,2%, o que ressalta um aumento significativo comparando os dados coletados em 2010, onde a forma unipessoal representava 8,33% da totalidade dos arranjos familiares (IBGE, 2010)⁴.

Por certo que essas pessoas que moram solitariamente têm seus relacionamentos com outros indivíduos que também residem sozinhos, ou não. Existe, por diversas injunções e contingências, ou até pelo desejo, o interesse de morar só, sem deixar de ter um relacionamento.

Não é possível profetizar qual será o futuro da família. Castells desacredita no fim da família e inclusive acrescenta que talvez seja possível “no fim, reconstruir a maneira como vivemos uns com os outros, como procriamos e como educamos de formas diferentes”, reconstrução essa que poderá melhorar a vida em família e em sociedade (CASTELLS, 2008, p. 173-174).

2.1. Novas vivências familiares que surpreendem o sistema jurídico

O conceito de família não está restrito ao modelo sacralizado do matrimônio (DIAS, 2014). Esse ponto é importante enfatizar como, aliás, já se viu nas classificações acima, neste artigo, elencadas. Tal noção foi absorvida pela Lei Maria da Penha que tutelou a proteção à mulher que estivesse em relação de afeto (LMP 5º. III) não importando a condição de coabitação com o agressor (LEI no. 11340/06).

Atualmente o maior problema, que surpreende o sistema jurídico são as relações não monogâmicas de convivência. A simultaneidade familiar, segundo Pianovski, “trata-se de uma pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem um membro em comum” (PIANOVSKI, 2006, p. 193). Dessa definição podem surgir desde as famílias reconstituídas, ou seja, na perspectiva da filiação, até a pluralidade de conjugalidades de forma pública e estável.

⁴ Nesse caso pode ter havido a mudança de critérios de apuração dos dados, ou o apanhado em 2010 estava incorreto. Contudo, se houve correção, em dois anos houve um crescimento relevante de “arranjo familiar” (expressão do IBGE) unipessoal, saltando de 8,33% para 13,2%.

Com relação à conjugalidade plural ou simultânea, quando baseada no casamento, é reprimida pelo sistema jurídico, pois se trata de bigamia, crime previsto no artigo 235 do CP; o casamento anterior caracteriza impedimento para novo casamento (art. 1521, VI, CCB) e, portanto, a invalidade do segundo, conforme o art. 1548, II, do Código Civil.

Porém, não é incomum que tais famílias, não baseadas no casamento, sejam consensuais e que as famílias simultâneas convivam em harmonia. As relações batizadas recentemente de poliamor ou uniões poliafetivas têm como característica a convivência de mais de dois indivíduos que baseiam suas relações no afeto e não na monogamia (DIAS, 2014). Ressalta-se que neste caso os envolvidos coabitariam.

A pluralidade de relações sempre existiu, sendo permitida pelo direito, com maior evidência nas culturas mulçumanas. No Brasil essa pluralidade recebeu recentemente destaque quando o diretor Andrucha Waddington, colocou nas telas de cinema ("EU, TU, ELES", 2000), filmando a história da nordestina Maria Marlene Silva Sabóia que vivia com outros três homens e seus filhos (FOLHA, 2000). Outra vivência poliafetiva que ficou em evidência foi o caso dos três indivíduos de Tupã, SP, que obtiveram de um Cartório Notarial a escritura de declaração de que mantinham um relacionamento estável (BBC, 2012).

As vivências familiares plurais encontram mais resistência entre os doutrinadores, pois estariam afrontando o princípio da monogamia. Em decisão recente o Superior Tribunal de Justiça afastou a legitimidade das relações simultâneas, conforme se observa em trecho do voto do ministro relator:

(...) nem todas as relações de homem a homem entram no domínio do direito, nem todas têm necessidade, nem todas são suscetíveis de serem determinadas por uma regra de tal gênero. Cabe, pois, distinguir três casos: ora a relação está inteiramente dominada por regras jurídicas, ora está somente em parte, ora escapa a elas por completo". (STJ, REsp 1096539, 2012).

O fato levado ao Judiciário se baseava em relações simultâneas onde o indivíduo comum era casado e mantinha outra relação, assim o órgão julgador enquadrou a situação como concubinato (art. 1.727, CCB). Maria Berenice Dias tem um olhar discordante, pois para ela os novos modelos de família baseiam-se na afetividade, pluralidade e eudenomismo. Para os que defendem a possibilidade dessas relações simultâneas o *caput* do art. 226 da Constituição Federal outorga a proteção do Estado à entidade familiar, sem maiores qualificações. Nesse caso, há interpretação extensiva, com a liberdade de as pessoas elegerem um modo de configuração plural familiar ou poliafetiva. Rolf Madaleno não concorda com o posicionamento de Berenice Dias, pois acredita que a união livre para ter validade jurídica

não ficou dispensada da monogamia (MADALENO, 2011, p. 21). Neste posicionamento Madaleno, discorria sobre as uniões simultâneas de coabitação distintas.

Assim, paralelamente à inexistência de previsão no sistema jurídico de proteção a esse tipo de vivência afetiva e familiar, há a concepção de repressão do sistema jurídico, instalando-se uma polêmica jurisprudencial e doutrinária.

A vida, portanto, fica sem solução jurídica. Para alguns a solução jurídica não é possível, sendo inclusive vedada (Recurso Especial 1096539). Para outros é necessária e possível uma solução jurídica.

3. O ACESSO À JUSTIÇA

O problema do acesso à justiça é permanente, para não ser cometido o exagero de dizer que é eterno. Nos seus primeiros exemplares e relevantes estudos por volta da década de 70 do Século passado, Garth e Capelletti (1988), anunciaram as três ondas de acesso à justiça. Esse estudo é apresentado nos seguintes termos por Bolzan de Moraes (1999, p. 17): (a) primeira onda: adequada representação dos pobres; antes do juízo com informação e com assistência extrajudicial; no juízo com assistência judiciária que pode ser como um dever honorífico e como um dever público, no primeiro caso com remuneração do profissional liberal e no segundo caso constituída por advogado pública, podendo haver, ainda, uma solução mista; (b) a segunda onda: proteção de interesses fragmentados ou difusos; antecipar os problemas da pobreza e sua dificuldade de organização; (c) a terceira onda: diante da burocratização, preveni-la, construindo um procedimento jurídico e procedimental mais humano, com juizados especiais e de pequenas, responsabilidade objetiva, estimulando a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Na atualidade, embora tenha havido diversos avanços com a sensível evolução do sistema jurídico, a via judicial convencional consegue resolver as relações do tipo tradicional, mas não as complexas, principalmente no âmbito familiar. Há uma gama de sentimentos como mágoa, raiva, ressentimento e afeto que permeiam relacionamentos e são parte dos conflitos, que surpreendem o Judiciário que deve conhecer os conflitos tuteláveis e prestar a jurisdição.

O conceito da garantia, assim como a sociedade, transformou-se e não se pode limitar a noção de acesso à justiça ao direito de petição. Não basta uma decisão favorável e coerente com o direito positivo se para a realidade fática das partes não resulta em algo significativo. O acesso à justiça não é sinônimo de acesso ao judiciário e sim acesso a ampla

efetividade da justiça. É preciso que os envolvidos obtenham a prestação jurisdicional, mas que essa prestação jurisdicional esteja evidenciada na apreciação e no conhecimento do que concretamente, na sua relação, significará um avanço para outro estágio. A relação de afeto demanda uma solução, não uma dissolução, nem uma simples extinção do litígio, com uma causa a menos e com um processo arquivado.

Em vez da autoridade repressora da lei, carregada de preconceitos normativos, estes viciados no conservadorismo e numa cultura que teme o futuro, que deixa de prestar jurisdição porque determinada relação não estaria ao abrigo do direito positivo, é necessário observar a liberdade do indivíduo e da sociedade. E fazer isso com um olhar de Constituição flexível e que deve sofrer eventuais mutações hermenêuticas para atender uma nova sociedade, ou mesmo uma nova relação individual, baseada na responsabilidade afetiva consistente na consensualidade de relações ainda não abrigadas pelo direito positivo.

3.1. As famílias plurais e o acesso à justiça

A união poliafetiva de Tupã enfrentaria sérias resistências se esses indivíduos quisessem declarar pela via judicial essa união. A primeira resistência seria que tal união afrontaria o princípio da monogamia, ou seja, o desrespeito ao dever de fidelidade (Código Civil, art. 1.566). Entretanto, negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório, pois nenhum dos companheiros poderia receber alimentos, herdar, prejudicando até mesmo quando da divisão dos bens adquiridos em comum:

Sequer seria possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial (DIAS, Maria Berenice, 2014).

Porém, suponha-se que essa união poliafetiva restasse legitimada por decisão judicial, e que, com o passar dos anos as três pessoas passam a relacionar-se afetivamente com mais uma. Assim, como os atuais mecanismos processuais veriam a inclusão desse indivíduo na relação? Deveria haver dissolução da união poliafetiva para transformar-se em outra? Ou, assim como as sociedades empresariais, haveria a inclusão de um “sócio” na relação? O tempo que o Direito Processual Civil levaria para resolver tal questão já por si só prejudicaria as partes quanto ao recebimento da tutela jurisdicional.

Agora, seguindo com os exemplos, na eventualidade de uma dissolução da referida união, por um dos companheiros, essa relação não é dissolvida com relação às outras duas pessoas? E como restaria a divisão dos bens? Neste caso, se o juiz considerar a união estável plural como uma unidade familiar, ao dissolver a união apenas com relação a um indivíduo estaria decretando a sua resolução, independentemente do fato de que dois indivíduos quisessem continuar nela? A relação ficaria restrita ao campo de procedimento e da solução jurídico, fria, meramente normativista e legalista, e não efetivamente ao núcleo do conflito.

Na situação em que, dentro dessa relação, nasça uma criança, ter-se-ia uma mãe biológica e a outra afetiva. O Direito já encontrou solução jurisprudencial para este caso, inclusive com possibilidade de registro em nome de ambas (IBDFAM, 2013). Mas, sendo as combinações poliafetivas infinitas, pode haver mais de uma mãe afetiva? E a legitimidade ativa, num eventual processo de guarda, restaria reconhecida para múltiplas mães afetivas?

Independentemente das respostas possíveis, o importante é demonstrar que inevitavelmente essa união poliafetiva não encontraria resposta na norma e dependeria do entendimento do magistrado que poderia de plano entender ser matéria obrigacional, já por isso restringindo o acesso à justiça. Reduzir uma união estável ao campo obrigacional afastaria os preceitos e princípios próprios do Direito de Família e de fundamental importância para assegurar as partes uma justiça ampla.

O artigo 5º. XXXV da CF enuncia que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, mas como bem ressalta Dias, “em sede de direito de famílias não dá para amoldar a vida à norma” (2014). Eis o problema, pois para “receber justiça” deve-se ter um direito reconhecido pelo ordenamento. A Constituição hoje é um “processo de aprendizagem falível, através do qual uma sociedade ultrapassa pouco a pouco a sua capacidade para se tematizar a ela mesmo sob o ângulo normativo” (CANOTILHO, 2010, p. 1453). Mas nesse processo de “aprendizagem falível” algumas pessoas não alcançarão receber a tutela jurisdicional do Estado.

Essa abordagem envolve profundas questões morais como a que procura respostas sobre o justo e o bom. Habermas (2002, p. 304) polemiza colocando a pergunta sobre se é possível propor e responder questões morais exclusivamente no interior das próprias compreensões e autocompreensões referentes a um mundo eticamente articulado, ou se é dever procurar ampliar esse horizonte de interpretações quando ele se funde com o horizonte de outras pessoas, quando surge a precedência do justo sobre o bom. Noutra obra, Habermas insere a ideia de que “em sociedades liberais todo cidadão tem o mesmo direito de seguir seus planos de vida individuais da melhor maneira possível” (HABERMAS, 2004, p. 84).

Em termos de dogmática, quando se tratam de garantias, direitos e liberdades, ocorrendo a falta ou a insuficiência de lei, devem-se executar de forma imediata as normas constitucionais presumindo a sua perfeição (SARLET, 2012, p. 275). Sarlet (2012) amplia esse dever aos juristas, que devem realizar os direitos constitucionais, independentemente de alegações acerca da existência de expressões vagas e abertas do texto legal que demandem a hermenêutica.

A reforma legislativa seria uma resposta para o caso das famílias plurais, mas seria necessário, primeiramente e de forma majoritária o entendimento da doutrina quanto à paridade com o instituto da união estável e a seus direitos e obrigações decorrentes. Essa resposta demandaria o tempo do Direito que é distinto do tempo da sociedade moderna. Assim, notadamente hoje, se a relação poliafetiva de Tupã necessitar submeter seus conflitos ao Judiciário ficaria a mercê da interpretação judicial e suas divergências.

Neste cenário surge a mediação, que eleva a condição dos envolvidos a gestores de suas agitações, proporcionando-lhes autonomia. A mediação não limita o conteúdo a ser mediado.

4. MEDIAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO DE INTERESSES

Uma nova visão acerca do Direito é proposta por Warat (1998, p 14), que a chama de Ecologia do Direito. No atual sistema as partes estão inseridas num modelo de resolução de conflitos que não lhes permite mudar, revelar ou alterar seus pedidos. Muitas vezes o que as partes realmente desejam não é alcançado pelas decisões judiciais. Por exemplo, quando se força o Direito a recepcionar o caso das famílias poliafetivas no âmbito das obrigações, e não do direito de família qualquer decisão proferida estará negando a existência de um fato, de que os indivíduos convivem juntos e não simplesmente que constituíram condomínio de seus bens.

Para Warat o momento é o da “transmodernidade jurídica” e através dela são descobertos novos caminhos e estratégias para a resolução de conflitos que apresentam celeridade, baixos custos e novas alternativas que busquem a integração e não o enfrentamento (WARAT, 1998, p. 14). A forma que a mediação enfrenta o conflito é distinta daquela a que se está acostumado. Atualmente a maioria dos juristas acredita que somente o juiz pode resolver os conflitos, interpretando-os e aplicando a lei.

No judiciário quando o juiz sentencia, ele decide, sob uma linguagem binária, decretando vencedores e vencidos. Parte-se do pressuposto de que as partes necessitam de

um terceiro com poder de resolver seus problemas já que as mesmas, supostamente, não têm condição de fazê-lo. O mediador não dispõe de um poder sobre o conflito e não se utiliza códigos binários direito/não direito. Ainda, as partes não sofrem um juízo de valor, pois estão ali para construir a solução ou a transformação de conflitos de forma autônoma.

Ao judicializar um conflito pode-se por vezes excluir aspectos sobre ele que são muitas vezes mais importantes que aqueles possíveis de tutela. Nesse sentido a mediação resgata a possibilidade de serem conhecidos os contornos do conflito, contribuindo para a efetivação do acesso à justiça, uma vez que de nada serve o direito de ação se a decisão for insatisfatória para resolver o litígio.

A mediação se concretiza através da pluralidade de formar. Não há o mesmo rigorismo e os fatos da vida podem ser objetos de apreciação, pois quem delimita o conteúdo do diálogo são os envolvidos e não o mediador. Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler afirmam que os operadores do direito resistem em utilizar a mediação elencando como uma das causas dessa resistência:

(...) a perspectiva de uma verdade consensual que se opõe a verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes (...) (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2009, p. 157).

Perseguindo a efetividade das decisões e enfrentando as particularidades inerentes ao Direito de Família, a mediação constitui possivelmente a via preferencial para a resolução de conflitos. No campo familiar é que a mediação desenvolve uma função importante de diálogo entre seus membros, a fim de construir alternativas satisfatórias a todos. A mediação, nas palavras de Boqué Torremorell:

Se ampara en una visión notoriamente constructiva de las oportunidades concurrentes en cualquier situación conflictiva y, a la vez, esperanzada con respecto a las capacidades de los seres humanos para liderar responsablemente su existencia (BOQUÉ TORREMORELL, 2003, p. 29).

Na mediação não se olha o conflito como algo negativo ou necessariamente uma controvérsia, pois, nesse sentido, acaba-se por reduzir a controvérsia a questões de direito e patrimônio (WARAT, 2001, p. 81). No litígio os magistrados decidem “as formas do enunciado pelas partes, atendendo às formas do pretendido e não as intenções dos enunciantes” (WARAT, 2001, p. 81). Assim, pode-se dizer que uma vez que se lança um olhar adversarial sobre todas as formas de conflito, em especial no âmbito do Direito de

Família, perde-se por vezes a essência dos entornos desses conflitos e não se verificam as reais intenções dos envolvidos.

A mediação constitui um meio adequado para concretizar o acesso à justiça no caso de conflitos existentes dentro do núcleo das famílias poliafetivas, pois respeita as transformações estruturais que as famílias sofrem, sem questionar sua legitimidade e, inclusive, questões de moralidade. Para a mediação basta o interesse das partes na tentativa de dialogar ou de transformar seus conflitos. Não há um enquadramento necessário para que a linguagem das partes se transforme em linguagem jurídica.

Assim, suponhamos que os membros dessa união poliafetiva de Tupã pretendessem dissolver essa união, poderiam encontrar na mediação a possibilidade de submeter o conflito a um mediador, sem que fosse necessário passar pela análise prévia do controle legal, normativo, legalista, separado do mundo da vida, da sua relação que existe, simplesmente existe.

No Brasil existem atualmente dois Projetos Lei que visam disciplinar o uso da mediação, o PLS 517/2011 e PLS 405/201, os quais, se aprovados tornariam possível a prática na via judicial. Contudo, a mediação consiste em recuperar espaços decisoriais que o Estado/Jurisdição subtraiu. Submetê-la a esse poder significaria “recair na lógica conflitual da qual se busca a liberdade” (SPENGLER, 2009, p. 158). Fazendo referência a Michele Taruffo, nesse sentido, melhor seria considerar como instrumentos diferentes que se implantam em estados e níveis diversos de conflito (SPENGLER; SPENGLER NETO 2009, p. 158). Esses autores inclusive citam a possibilidade de que jurisdicionalizar a mediação poderia implicar a perda do caráter não decisionista, reduzindo-a a condição de instrumento de desafogamento do judiciário.

Portanto, alerta-se que a mediação deve ser vista não como prática alternativa de resolução de conflitos e sim como via de efetividade ao acesso à justiça. Warat aponta que “(...) é um trabalho sobre afetos em conflitos, não um acordo entre as partes, exclusivamente patrimonial, sem marcas afetivas” (WARAT, 1998, p. 8). Ainda, segundo o mesmo autor, a “mediação ultrapassa a dimensão de resolução não adversária de disputas jurídicas”, pois mesmo que considerada como um recurso alternativo do judiciário, ela não deve ser reduzida a categoria de conciliação (WARAT, 2001, p. 88/89).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível que as uniões afetivas plurais passem a ocorrer com maior frequência, ou se tornem mais visíveis, pois o ser social quer experimentar novas formas de amar, de relacionar-se, de conviver. O Judiciário pode, utilizando-se do código binário direito-não direito afastar de sua tutela essas novas relações. Mas elas não deixarão de existir até o momento em que o Direito se interesse pela comunicação por ela emitida. Portanto, as novas configurações familiares não obtêm o acesso à Justiça no seu conceito mais amplo, eficaz. O trâmite de um procedimento judicial atualmente pode gerar uma solução e conseqüente dissolução do litígio que implica para as partes um tortuoso caminho.

Neste passo, a mediação surge com novo olhar não adversarial, constituindo um mecanismo de desconstrução de conflitos, possibilitando a ampliação dos limites do diálogo acerca do conflito e usando o conflito para o ingresso em uma nova relação. Não há julgamentos morais e nem exclusões de relações que procuram a mediação, bem como não se questiona a legitimidade, bastando apenas o interesse dos envolvidos. Sobretudo, não há questionamentos morais que confrontem à tradição e a cultura. Permite-se a liberdade das relações e das individualidades.

Os aspectos pertinentes aos conflitos familiares como sentimentos são considerados relevantes para a mediação, pois através deles pode-se encontrar a sua origem, fazendo com que as partes consigam (re)construir a relação ou transformá-la. Enquanto no processo judicial o conflito é enquadrado em fatos pretéritos, na mediação mira-se para o futuro das relações. A autonomia alcançada nesse meio de resolução de conflitos condiz com a liberdade que permeiam os novos laços sociais, pois esta não é imposta, é construída.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BOQUÉ TORREMORELL, Maria C. **Cultura de Mediación y Cambio Social**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 275.

SOUZA, Delizangela Correia Andrade de. **A visão contemporânea da Família: Eudemonista**” Disponível em: <<http://www.sudoestelatosensu.com/2014/02/artigo-visao-contem-poranea-da-familia.html>> Acesso em 19 jul 2014.

SPENGLER, Fabiana M.; SPENGLER NETO, Theobaldo. A mediação como alternativa no tratamento de conflitos: por uma cidadania autônoma e responsável. In: LEAL, Mônica C. H. **Trabalho, constituição e cidadania: reflexões acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2009. pp. 149-185.

STF. **ADI/4277**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>> Acesso em 01jun 2014.

STJ. **Recurso especial Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012> Acesso em 01jun 2014.

_____. **Recurso especial: REsp 1096539 RS 2008/0217038-7**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21597875/recurso-especial-resp-1096539-rs-2008-0217038-7-stj/inteiro-teor-21597876>> Acesso em 30 maio 2014.

WARAT, Luiz Alberto. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Florianópolis: Almed: 1998.