

Charlise Paula Colet Gimenez
(Orgs.)

Alteridade e Fraternidade nas Relações Sociais

Perspectivas para a mediação de conflitos



A obra que ora se apresenta é composta de capítulos produzidos na disciplina de Limites e Possibilidades da Mediação Comunitária/Popular, integrante do Programa de Pós-Graduação stricto sensu — Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões — URI, campus Santo Ângelo, cujo escopo é trabalhar os conflitos sociais, seus condicionamentos históricos, culturais e tecnológicos, delimitando os contornos do modelo contemporâneo de jurisdição a partir da sua crise na perspectiva de aprofundar a análise das relações sociais e a da fraternidade como princípio norteador da humanidade e repercutir as potencialidades da mediação enquanto resposta ecológica ao conflito.



**Alteridade e Fraternidade
nas Relações Sociais**

Alteridade e Fraternidade nas Relações Sociais

Perspectivas para a mediação de conflitos

Organização:

Charlise Paula Colet Gimenez



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

GIMENEZ, Charlise Paula Colet (Org.)

Alteridade e fraternidade nas relações sociais: perspectivas para a mediação de conflitos [recurso eletrônico] / Charlise Paula Colet Gimenez (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

221 p.

ISBN - 978-85-5696-500-4

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Relações Sociais; 3. Fraternidade; 4. Alteridade; 5. Conflito; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio	9
Rosângela Angelin	
Apresentação	13
Charlise Paula Colet Gimenez	
1.....	17
Deveres fundamentais e a dimensão da solidariedade no direito: condições de possibilidade para um direito fraterno	
Marco Antônio Preis; José Francisco Dias da Costa Lyra	
2.....	41
Direito fraterno: uma nova perspectiva para a sociedade	
Lígia Daiane Fink; Charlise Paula Colet Gimenez	
3.....	67
Os desafios enfrentados pelos estrangeiros em <i>Terrae Brasilis</i> e o direito fraterno	
Marsal Cordeiro Machado; Florisbal de Souza Del’Olmo	
4.....	93
A efetivação do direito fraterno no âmbito do direito penal e a aplicação da teoria da coculpabilidade como forma de justiça mais fraterna e humana	
Priscila Jurinic; André Leonardo Copetti Santos	
5.....	111
A visão sistêmica como premissa da resolução de conflitos	
Greice Daiane Dutra Szimanski; Charlise Paula Colet Gimenez	
6.....	135
A mediação como instrumento alternativo de resolução de conflitos nas demandas previdenciárias	
Joicemar Paulo Van Der Sand; Gilmar Antonio Bedin	

7	157
A inconsonância entre a norma e o amor no que tange às famílias poliamoristas	
Denise Lacortte; Leonel Severo Rocha	
8	191
A mediação familiar como medida possível na resolução de conflitos nos casos de alienação parental	
Danieli Boschetti	
9	203
O exercício da advocacia no procedimento de mediação	
Vinicius Galeazzi Borré; Adalberto Narciso Hommerding	

Prefácio

Rosângela Angelin¹

*O que embeleza o deserto
é que existe um poço
em algum lugar.
Exupéry.*

Ao iniciar essas breves palavras, externo a honra que é para mim poder prefaciá-la obra *Alteridade e Fraternidade nas relações sociais: perspectivas para a mediação de conflitos*, organizada pela minha Amiga e colega, Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez. Ler a obra e poder me expressar a partir dela, trazem muito mais que sentimentos de emoção; o que sinto é *co-moção*! Não poderia deixar de citar Exupéry, pois é perceptível nos capítulos desse livro a busca por um poço, em algum lugar do deserto; sem olvidar que o deserto possui solo árido, tempestades de areia devastadoras e, ao mesmo tempo, um poder fantástico sobre os caminhantes cansados, de produzir miragens. Mas em algum lugar, sim, em algum lugar existe um poço d'água. E é essa busca que faz as pessoas superarem as dificuldades do deserto.

Vivemos num deserto. Porém, não se pode negar que a sociedade evolui em muitos aspectos e, com ela, a humanidade passou a desfrutar de facilidades e avanços que afastaram inúmeras situações de barbárie, antes vividas. Porém, nessa caminhada, também foram se perdendo e se transmutando valores importantes para a convivência humana. As pessoas foram se afastando umas

¹ Docente PPGD Mestrado e Doutorado; Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões; URI, Campus Santo Ângelo/RS; Primavera de 2018

das outras; foram perdendo a capacidade de se emocionar, de se responsabilizar pelo *outro*, de partilhar expectativas, dificuldades e sonhos, enfim, de se *co-moverem*. O individualismo exagerado paira no cotidiano, acompanhado por um modelo de sociedade que prima pelo *ter*, e não pelo *ser*. Nesse contexto, são forçados valores onde cada pessoa se sinta no centro do universo, a única portadora de direitos absolutos - em detrimento dos demais, não havendo espaço para a *alteridade* e a *fraternidade*, essenciais para a convivência humana.

As decorrências da falta desses valores são visíveis frente aos conflitos que se tornaram perigosos, desagregadores e aparentemente intransponíveis, fazendo da sociedade um campo de batalhas, constante. A perspectiva da busca por *um poço no deserto* já não está à vista da maioria das pessoas e tudo se transforma em violência e em lides judiciais. As pessoas substituem o tratamento de conflitos que exigem diálogo e escuta, por processos judiciais. Não que esses não sejam importantes e necessários, mas tão importante quanto, é investir na perspectiva de reestabelecer o contato entre as pessoas e a capacidade de conviverem melhor.

Diante de tanto desamor, individualismo, falta de alteridade e fraternidade esta obra transforma em beleza a busca por um poço no deserto árido quando reflete, através da disciplina *Limites e Possibilidades da Mediação Comunitária/Popular*, integrante do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo, outras formas e possibilidades de tratar com as diferenças e com os conflitos que assolam a sociedade.

É louvável essa busca conjunta, entre Docentes e Discentes desse Programa, despertando a esperança e promovendo a caminhada em busca de um poço ao meio do deserto. Sim, existe água no deserto que sacia a sede e fertiliza o chão e, se a procura for coletiva, mais facilmente será encontrado o poço! Parabéns a todas e a todos que dedicaram seu tempo de vida para produzir reflexões sociais, filosóficas e jurídicas tão importantes, que trazem em si a

retomada de valores cruciais para a humanidade! Os capítulos dessa obra são indicações para encontrar poços d'água no deserto; instigantes, desafiadoras e merecedoras de leitura atenta.

Para finalizar, co-movida como me sinto, não poderia deixar de lembrar a música de Gonzaguinha, *Nunca pare de sonhar*, na qual ele apela para não nos entregarmos às agruras da vida, para nascermos sempre com as manhãs e, finalmente, para *fazermos o que será*. Esse é um dos grandes desafios da existência humana: *fazer que será!* (Re)criar um mundo baseado em alteridade e fraternidade depende de nós e de nossas ações. Oxalá tenhamos força, resistência e ânimo para isso!

Desejo uma boa leitura a todas as pessoas, que como eu e os autores e autoras dessa maravilhosa obra, sonham e se dedicam na construção de um mundo justo, fraterno e repleto de alteridade.

Apresentação

Charlise Paula Colet Gimenez

A obra que ora se apresenta é composta de capítulos produzidos na disciplina de Limites e Possibilidades da Mediação Comunitária/Popular, integrante do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo, cujo escopo é trabalhar os conflitos sociais, seus condicionamentos históricos, culturais e tecnológicos, delimitando os contornos do modelo contemporâneo de jurisdição a partir da sua crise na perspectiva de aprofundar a análise das relações sociais e a da fraternidade como princípio norteador da humanidade e repercutir as potencialidades da mediação enquanto resposta ecológica ao conflito.

Inicia-se com a produção científica denominada *Os Deveres Humanos Fundamentais na Dimensão da Solidariedade e da Fraternidade*, insere-se nas profundezas do constitucionalismo contemporâneo para resgatar um dos temas mais esquecidos, o dos deveres fundamentais para, então, possibilitar a concretização da proposta do Direito Fraternal.

O capítulo de Lígia Daiane Fink e Charlise Paula Colet Gimenez dedica-se ao tema *Direito Fraternal: uma nova perspectiva para a sociedade*. Nesse sentido, apresentam, a partir do olhar na sociedade contemporânea, a busca pelo reconhecimento das diferenças por meio do Direito Fraternal como uma nova perspectiva para a humanidade, partindo-se do pressuposto que as matrizes teóricas do Direito Fraternal indicam novos rumos para a complexidade da sociedade contemporânea, pois este se

fundamenta em uma análise transdisciplinar da sociedade e de seus fenômenos sociais.

Na sequência, o capítulo *Os Desafios enfrentados pelos Estrangeiros em Terrae Brasilis e o Direito Fraterno*, de Marsal Cordeiro Machado e Florisbal de Souza Del’Olmo, versa sobre a entrada do estrangeiro em solo brasileiro, com ênfase nos desafios que este grupo minoritário enfrenta pela formação de estereótipos e estigmas negativos e na verificação de aplicabilidade de um direito guiado pelo reconhecimento do outro, qual seja, o Direito Fraterno.

A seu turno, o capítulo *A Efetivação do Direito Fraterno no âmbito do Direito Penal e a Aplicação da Teoria da Cocolpabilidade como forma de Justiça mais fraterna e humana*, de Priscila Jurinic e André Leonardo Copetti Santos, dedica-se à abordagem do Princípio da Cocolpabilidade como forma de garantir uma justiça mais humana e fraterna no direito penal, buscando a efetivação dos direitos sociais e de políticas criminais que promovam inclusão social, direitos humanos e fraternidade.

Greice Daiane Dutra Szimanski e Charlise Paula Colet Gimenez apresentam o trabalho *A Visão Sistêmica como premissa da Resolução de Conflitos*, cujo objetivo é analisar a visão/pensamento sistêmico sobre os conflitos, de uma forma simples e compreensível a todas as áreas do conhecimento, embasado nas Constelações Familiares, na biologia e na física.

Os autores Joiceimar Paulo Van Der Sand e Gilmar Antônio Bedin, em seu capítulo *A Mediação como instrumento alternativo de Solução de conflitos nas Demandas Previdenciárias*, por meio do estudo da mediação, destacando, principalmente, os ensinamentos de Luiz Alberto Warat e ao final a análise do instituto da mediação no âmbito do direito previdenciário, apresentam instrumentos – leis e portarias, que denotam a possibilidade da mediação para a resolução dos conflitos nas demandas previdenciárias, caracterizando-se numa instigação no uso desta importante ferramenta de autocomposição.

Na perspectiva do poliamorismo, Denise Lacortte e Leonel Severo Rocha, no capítulo *A Inconsonância entre a Norma e o Amor no que tange às famílias poliamoristas*, elucidam o conceito de poliamor e exibem o conflito existente entre a lei e o sentimento denominado amor através das decisões judiciais.

Na sequência, Danieli Boschetti, por meio do capítulo *A Mediação Familiar como medida possível na Resolução de Conflitos nos casos de Alienação Parental*, foca-se no estudo da mediação familiar como uma alternativa de efetiva garantia dos direitos fundamentais da criança/adolescente.

Finaliza-se a obra com o capítulo *O Exercício da Advocacia no Processo de Mediação*, de Vinicius Galeazzi Borré e Adalberto Narciso Hommerding, o qual desafia se na integração da mediação e o exercício da advocacia, discutindo o novo papel do advogado diante do método autocompositivo e dialogado da mediação.

Agradecemos, gentilmente, a colaboração dos autores, destacando-se que esses assumem a total responsabilidade pelo conteúdo de seus textos. Ao produzirmos essa obra, desejamos que contribuía para o crescimento da pesquisa científica, proporcionando o avanço da sociedade e do Estado na concretização de relações mais fraternas, humanas e iguais.

Ótima leitura.

Setembro de 2018

Deveres fundamentais e a dimensão da solidariedade no direito: condições de possibilidade para um direito fraterno

Marco Antônio Preis¹

José Francisco Dias da Costa Lyra²

Considerações Iniciais

Não é possível sequer se iniciar uma sessão de mediação, no intuito de retomar o diálogo entre os envolvidos, se as pessoas se considerarem apenas titulares de direitos subjetivos, em uma

¹ Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (2008), Especialização em Direito Público pela ESMESC/FURB e Especialização em Direito e Gestão Ambiental pelo CESUSC. Mestrando em Direito pela URI-Santo Ângelo, RS.

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2011), Mestre em Desenvolvimento, Cidadania e Gestão pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2004), Especialista em Direito Público pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA (1997), Especialista em Direito Privado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2002) e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo - FADISA (1987). Atualmente é Professor titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Doutorado e Mestrado e da Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus de Santo Ângelo e professor de Direito Penal na Faculdade CNEC - campus de Santo Ângelo. Líder do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade. Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

dimensão individual, sob a lógica de credor ou consumidor perante o outro.

Não existe diálogo nesse cenário, que é o típico da sociedade atual, hipercomplexa e hiperindividualista, em que as pessoas sequer consideram a parcela de dívida (*munus*) que têm para com as outras e para com a comunidade onde vive (*communitas*).

São constatações sociológicas que impactam no universo jurídico, o que de modo mais direto e visível se traduz na explosão de litigiosidade e de ações judiciais em trâmite no Poder Judiciário, com a transferência de responsabilidades pessoais e projeção de expectativas.

O presente trabalho não se dedica à pesquisa empírica das causas desse excesso, mas se vale dessas constatações para ingressar nas profundezas do constitucionalismo contemporâneo para resgatar um dos temas mais esquecidos, o dos deveres fundamentais.

Em uma sociedade em que as pessoas só falam, demandam e exigem direitos, soa estranho falar em deveres perante o Estado, perante a sociedade onde vive e perante as demais pessoas, em relações horizontais.

Pois é essa a aposta do trabalho, no contraponto ao individualismo e ao discurso quantitativo de mais e mais direitos fundamentais, das mais variadas dimensões ou gerações, tratar das responsabilidades individuais e sociais, uma dimensão que se perdeu por diversos fatores, que serão estudados, mas que, uma vez resgatada, contribui para corrigir as distorções do sistema jurídico atual.

Essa dimensão converge com a dimensão dos direitos de solidariedade e, a partir de tal noção, se examinam as possibilidades de se concretizar outro tema esquecido, o da terceira e última promessa não cumprida do Iluminismo. Depois de ver consagradas a liberdade e a igualdade pelas teorias jurídicas contemporâneas, admite-se a proposta de um direito fraterno.

1 Introdução ao Tema dos Deveres Humanos Fundamentais

Na tradição jurídica ocidental, desde o Direito Romano até as grandes codificações do século XIX, sempre houve um equilíbrio entre os direitos e deveres dos cidadãos. Porém, o período do segundo pós-guerra marcou a distinção do que se entende por constituição e inaugurou o constitucionalismo contemporâneo, valorativo e principiológico (MIRANDA, 2012).

Com isso, fez migrar o ápice da pirâmide normativa à constituição como lei maior fundante da sociedade (KELSEN, 2009), calcada nos direitos fundamentais, de diversas dimensões e titularidades, porém sem maiores garantias para sua eficácia nem observância a seus custos sociais, insuficiências de um paradigma que, hoje, se reflete no déficit de eficácia social dos direitos nas vidas das pessoas, para além das declarações formais.

Olvidou-se, nesse processo, quase que por completo, dos deveres das pessoas entre si e para com a ordem social.

Os fenômenos de publicização e de constitucionalização do Direito provocaram o deslocamento do tradicional direito privado para as constituições, inicialmente de baixa densidade normativa e caráter eminentemente político-organizatório formal para o atual estágio de conteúdo jurídico substancial central dos ordenamentos jurídicos, de cunho valorativo centrado na dignidade da pessoa humana (DI RUFFÍA, 1988).

Nesse sentido, por exemplo, no sistema global, tem-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) prevê, no seu art. 29, deveres e responsabilidades dos indivíduos no exercício de seus direitos, perante a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. Do mesmo modo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) contempla os deveres dos indivíduos para com outros e com a comunidade a que pertence (ONU, 2017).

No sistema regional (inter)americano, o art. 32 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) estabelece correlação

entre direitos e deveres fundamentais para com a família, comunidade e humanidade, enquanto que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem prevê um capítulo próprio voltado à educação, ao voto, ao trabalho, ao pagamento de tributos, à prestação de serviços civis e militares, além do dever geral de solidariedade e fraternidade, de *“conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade”* (OEA, 2017).

Na mesma toada seguem as constituições democráticas da atualidade, mas apesar da reconhecida importância do tema para sua positivação, o tema dos deveres fundamentais segue como um dos mais esquecidos da literatura constitucional contemporânea, cuja principal causa, para NABAIS (2015), é a tensão entre o poder, que tem a dominação na sua essência, e o Direito, cujo papel precípuo é justamente o de limitar o poder, de modo a assegurar às pessoas maior âmbito de liberdade e autonomia.

A partir dessa perspectiva, os deveres não careceriam de uma teoria afirmativa própria, pois decorreriam dos poderes públicos e da soberania do Estado (ASÍS ROIG, 1991), razão pela qual a literatura constitucional tratou de dar prioridade às liberdades individuais, em detrimento das responsabilidades comunitárias.

No campo histórico e geopolítico, o principal fator desse esquecimento foi o fato de a maior parte dos referidos diplomas ser produto de movimentos sociais e políticos de superação a regimes fascistas, autoritários ou ditatoriais, os quais atribuíam uma predominância absoluta ao *status* passivo do cidadão frente ao Estado, tendo nas declarações de direitos fundamentais uma forma de exorcizar tais regimes e de evitar aberturas interpretativas para novas formas de regimes totalitários (NABAIS, 2015).

Apesar dessa identificação originária, o contexto jurídico e político das sociedades contemporâneas é outro, marcado pelo individualismo exacerbado voltado aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, como armas apontadas uns contra os outros.

Chegou-se, portanto, a um outro extremo, que necessita ser corrigido, equilibrado.

Nesse sentido, surgem as críticas ao discurso dos direitos fundamentais tidos como meras enunciações quantitativas, com baixa preocupação quanto à sua eficácia social, o que passa necessariamente pela questão dos custos dos direitos. A atrofia teórica dos deveres fundamentais em relação aos direitos faz perder de vista a ideia de responsabilidade comunitária, o que faz dos indivíduos seres simultaneamente livres e responsáveis ou, para Castanheira Neves (1996), pessoas autônomas.

Essa hipertrofia dos direitos, paralela ao “*pacto de silêncio*” quanto aos deveres, causa um nocivo efeito nas bases estruturais da sociedade, pois a ideia de solidariedade se esvazia e frustram-se as expectativas de concretização dos direitos da parcela mais vulnerável da população (BUFFON, 2009. p. 84) – a ponto de Robles (2005) considerar que o problema da teoria dos direitos fundamentais é o fato de ser somente isso, uma teoria dos direitos fundamentais, pois a consequência dessa maneira de ver as coisas será a penetração histórica dos direitos desvinculada dos deveres na mentalidade social dos povos ocidentais e, portanto, um processo de desmoralização da vida pública.

Um fato social evidente é que nas sociedades atuais o sentimento de dever pessoal é algo obscuro, parece extinto, enquanto que o sentimento reivindicatório de bens fundamentais alcança máxima intensidade, o que se traduz em um decréscimo da solidariedade e uma justificação do hedonismo sob o manto dos direitos. As pessoas se sentem portadoras naturais de direitos que todos devem reconhecer, como credores do Estado, consumidores de direitos prestacionais, mas dificilmente se pensa que, para isso, também pesam deveres sobre si.

Há de se superar essa concepção liberal, de um indivíduo isolado, para alcançar a concepção que subjaz aos textos constitucionais, de uma pessoa solidária em termos sociais, ao mesmo tempo livre e responsável, base do entendimento da ordem

jurídica assentada em uma liberdade limitada pela responsabilidade ou, como defende Carbone (1968), um sistema que confere primazia, mas não exclusividade, aos direitos face aos deveres fundamentais. Um sistema em que os direitos constituem a essência da liberdade e os deveres o seu corretivo.

Não é novidade que o universo dos direitos fundamentais se tem alargado e se tornado complexo de tal modo que parece rumar ao infinito, o que, ao invés de reforçá-los, coloca-os perante o risco da banalização, pois a inflação leva à indistinção do conteúdo essencial dos direitos e a um panjusfundamentalismo.

Acumulam-se camadas de gerações ou dimensões até se pulverizar em expressões como direito das futuras gerações ou direitos dos animais e plantas, que nada mais são que dimensões de um meio ambiente equilibrado e se traduzem em deveres fundamentais de proteção dirigidos às atuais gerações de humanos. Portanto, o esquecimento dos deveres fundamentais é expressão de um esquecimento mais amplo, da responsabilidade comunitária, com o monopólio dos direitos no estatuto jusfundamental das pessoas.

Para tanto, Nabais (2007) defende que a linguagem corrente não ousa falar senão de liberdades e direitos, mas, ao revés, a face oculta do estatuto jurídico do indivíduo – da responsabilidade, dos custos dos direitos, dos deveres que as materializam – não é bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica dominantes.

Não que se pretenda com isso colocar os deveres em pé de igualdade ou à frente dos direitos, mas apenas que sejam colocados no mesmo plano de norma jusfundamental, pois tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto jurídico da pessoa humana, já que toda a comunidade organizada está ancorada em deveres fundamentais, que são os custos ou suportes da existência e de seu funcionamento.

Por isso, para Holmes e Sustain (1999), a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Do ponto de vista do suporte financeiro, os clássicos direitos negativos de liberdade são tão positivos como os

prestacionais, pois a menos que não passem de meras promessas, sua realização e proteção pública exigem recursos financeiros.

Assim como outros tantos conceitos jurídicos, como os próprios direitos fundamentais, os deveres surgiram historicamente nos domínios religioso e ético e, aos poucos, migraram para o campo do Direito com contribuições do humanismo jurídico, do jusnaturalismo racionalista e do pensamento estoico, aproximando os valores de justiça social ao individualismo, de modo a transformar o homem em titular não só dos direitos inerentes à sua dignidade, mas também dos deveres que a existência e o funcionamento da comunidade organizada implicam. Com base nessas ideias surgem os deveres de solidariedade e de não causar dano a outrem, de restituir o alheio, de manter a palavra dada, de reparar os danos causados, e que a violação a tais regras merece punição, erigindo este elemento em traço identificador dos deveres (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1988).

Na atual quadra do Direito o que deve ser (re)afirmado são os deveres fundamentais autônomos, uma vez que os deveres passivos ou correlativos dos direitos (deveres de abstenção e deveres de proteção e promoção estatal), enquanto faces passivas dos direitos, já estão consagrados pela teoria dos direitos fundamentais.

Sem pretensão de apresentar conceitos definitivos, Nabais (2015) condensa as características para a construção de um conceito aproximativo dos deveres fundamentais como a mobilização do homem e do cidadão no campo jurídico para a realização dos objetivos do bem comum. São deveres jurídicos do homem e do cidadão de especial significado para a comunidade, exigíveis pela ordem jurídica vigente, para comportamentos ativos ou passivos, posições jurídicas passivas, autônomas, subjetivas, individuais e universais, que independem das vontades de seus titulares, aplicáveis tanto em relação direta com o Estado (eficácia vertical) como na relação entre as pessoas (eficácia horizontal).

Os deveres fundamentais são encargos ou sacrifícios em prol da comunidade, que valem indistintamente a todos os indivíduos

(generalidade, universalidade), o que não afasta algumas incidências relativas, como no caso dos deveres eleitorais (voto, recenseamento e serviços de escrutínio) ou militares (alistamento compulsório) apenas para os cidadãos nacionais que tenham atingido determinada idade, ou nos casos específicos de manutenção e educação dos pais em relação aos filhos, e na isenção político-partidária de ocupantes de cargos públicos etc.

Delimitados os elementos tipológicos dos deveres fundamentais é possível excluir determinadas figuras próximas, mas que não se confundem, como os deveres constitucionais organizatórios, orgânicos ou funcionais, que são competências obrigatórias dos órgãos do Estado e que integram sua organização política (SCHMITT, 1986), sem necessária correspondência com o conteúdo material jusfundamental nem com o estatuto constitucional do indivíduo.

Outra figura diversa são os ônus, pois enquanto os deveres consistem em uma necessidade jurídica de adoção de um determinado comportamento, os ônus concretizam-se pela necessidade prática em que se encontra o detentor de um poder reconhecido pela ordem jurídica para praticar certo ato a fim de conseguir a produção de efeitos jurídicos favoráveis, como no caso do ônus do jurisdicionado de comprovar a hipossuficiência econômica para gozar da gratuidade judiciária, conforme disposto no art. 5º, LXXIV, da Constituição brasileira (BRASIL, 1988).

Há, ainda, os limites dos direitos, que não se confundem com os deveres e exprimem modalidades de intervenção por parte dos poderes públicos, nas restrições que afetam os conteúdos dos direitos ou concretizam limites imanentes, tanto reais (que decorrem de outras normas constitucionais) como aparentes (que decorrem da tipificação e excluem formas atípicas ou anômalas).

Para que se trate de deveres fundamentais é necessário que se esteja diante de normas de conteúdo jusfundamental relativas a posições subjetivas que integrem o estatuto jurídico do indivíduo e não perante consequências individuais de normas de organização política, econômica ou administrativa do Estado. Assim, estados de

sujeição decorrentes do poder de legislar, do poder punitivo, do poder expropriatório, do poder de polícia, do poder regulamentar, do poder disciplinar, do poder judicial, por exemplo, não configuram deveres fundamentais, por serem reflexos subjetivos do estatuto organizatório do Estado (NABAIS, 2015).

Compreendido o objeto de estudo, o que são os deveres fundamentais e sua distinção de figuras jurídicas próximas, convém estudar a dimensão normativa a que se amolda no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

2 A Terceira Dimensão Jusfundamental

Examinados os aspectos objetivos no caminho ao desenvolvimento de uma teoria dos deveres fundamentais é preciso ter presente a importância do tema, pois de nada adiantaria o mero resgate de um assunto esquecido com fim em si mesmo, como um tema do passado.

Não se está diante de um mero interesse histórico, mas rumo a uma construção mais completa do estatuto jusfundamental da pessoa humana, o que impacta no plano jurídico, com a dimensão da solidariedade na eficácia dos direitos fundamentais, bem como no subjetivo, com o aprimoramento da cidadania.

No desenvolvimento do constitucionalismo, após os períodos de consagração das liberdades e do desenvolvimento da igualdade, em suas dimensões complexas, coloca-se atualmente a questão de compatibilizar, harmonizar, equilibrar essas duas forças, esses dois valores fundamentais para todas as sociedades humanas.

Vive-se o momento da consagração de uma nova dimensão, a da solidariedade.

A ideia de solidariedade não traz um valor novo por si, como categoria jurídica, mas carrega a ideia desse terceiro elemento estabilizador, que completa e equilibra a dicotomia e as antinomias entre os ideais de liberdade e de igualdade, os sentidos e significados dos direitos e deveres das pessoas.

Todas as demandas contemporâneas por reconhecimento das diversidades, da Diferença, nada mais são do que expressões, manifestações mais complexas, por refletirem as sociedades atuais, do mesmo ideal de liberdade. Mas essa mesma liberdade comporta regramento e limitações, sob pena de converter-se em um individualismo que (re)produz injustiças sociais, ao passo que a igualdade também não pode conduzir a excessos a ponto de aniquilar a autonomia do indivíduo.

São contribuições histórico-filosóficas que se complementam, não se excluem, mas cujo exercício exige a assunção de um ponto de vista diverso, como *terza via*, capaz de compatibilizá-los em uma relação triangular, com o resgate de relações horizontais entre as pessoas e entre pessoas e instituições, para além das relações com o Estado, entre a abstenção liberal e o monopólio socialista.

Nesse contexto se inserem os chamados “*novos direitos*” de perspectiva e titularidade difusa, como ao meio ambiente equilibrado e ao patrimônio histórico e artístico, por exemplo, que veiculam direitos fundamentais de solidariedade. Uma dimensão que exige a responsabilidade e o compromisso conjunto de comunidade (*cum + munus*), para além dos direitos subjetivos individuais, na interseção entre liberdade com responsabilidade e igualdade com respeito às diferenças.

Na vida das pessoas, na dimensão individual dos direitos e deveres, que é o enfoque da pesquisa, a solidariedade social se manifesta na ideia de cidadania, tão antiga como a cultura jurídica ocidental e cujo significado se manifesta desde o Direito Romano. Agora, porém, Nabais (2007) acrescenta que a noção de solidariedade ganha significado no Direito Público, movida pela preocupação de encontrar uma resposta adequada à questão social, para além do socialismo de Estado, como um caminho do meio entre o liberalismo e o socialismo, que ressurge no panorama do constitucionalismo contemporâneo com as recentes dimensões de direitos fundamentais, ligados sobretudo à ecologia e à democracia.

O conceito clássico de Marshall (1992) para cidadania é a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros de uma determinada comunidade política, são titulares e destinatários de um conjunto de direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de liberdade e de igualdade, com possibilidade de contribuir para a vida pública dessa comunidade através da participação.

A partir desse *standard*, a realidade mostra fenômenos extremos como a sobrecidadania e a subcidadania, de modo a se tratar de níveis ou graus de cidadania e, por outro lado, em dimensões da cidadania, pessoal, política, social. Haveria múltiplos de cidadania, nos planos nacional, regional e internacional (HÖFFE, 2003), na medida em que a comunidade internacional reconhece um estatuto do cidadão, identificado com o estatuto jusfundamental da pessoa, com direitos e deveres fundamentais e, noutro vértice, situações de subcidadania, como a de estrangeiros, refugiados, apátridas ou mesmo daqueles com insuficiente capacidade de exercício da cidadania decorrente da exclusão social.

Nesse ponto, Nabais (2007) identifica na confluência entre as noções de solidariedade e cidadania uma nova dimensão. Após uma primeira etapa liberal, de cidadania passiva, orientada para a proteção do indivíduo e da família, tendo a comunidade política como algo externo, sobreveio um segundo momento democrático, de uma cidadania ativa e participativa da vida pública. Agora, como terceira etapa apresenta-se uma cidadania responsavelmente solidária, em que o cidadão assume um novo papel, tomando consciência de que o seu protagonismo ativo na vida pública não se esgota no controle dos poderes públicos, passando pela assunção de encargos, responsabilidades e deveres fundamentais.

Não se trata de uma solidariedade romântica, de um voluntarismo, mas de deveres juridicamente impostos pelo ordenamento, exigíveis juridicamente, sobretudo através da via da promoção ou do incentivo, da função promocional do Direito. A ideia de solidariedade é um valor que suporta uma nova dimensão da

cidadania, uma cidadania responsabilmente solidária, que acresce à cidadania passiva do Estado liberal e à cidadania ativa do Estado democrático e social. Uma dimensão que não substitui, mas se agrega às anteriores, para torná-las efetivas ou para reforçar seu significado e alcance comunitário (NABAIS, 2007).

Pode-se afirmar, na linha de Comparato (2006), que a solidariedade é o fecho da abóbada do sistema de princípios éticos, pois complementa, aperfeiçoa e compatibiliza liberdade e igualdade, pois enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. A esse respeito, Duvignaud (1986) alerta para o risco de uma banalização da ideia de solidariedade, para confortar a consciência de uns ou para conseguir esmola da má consciência de outros.

Mas, assim como para a obra de Buffon (2009), esse estudo adota a concepção de solidariedade que, por um lado, está vinculada à solidariedade pelos direitos (paterna ou vertical) e, por outro, à solidariedade pelos deveres (fraterna ou horizontal). Quanto à solidariedade pelos direitos, passa-se à realização dos direitos sociais e de solidariedade, como os relacionados ao meio ambiente, à democracia, ao patrimônio cultural e, no que se refere à solidariedade pelos deveres, é cobrado dos cidadãos, da comunidade social ou da sociedade civil o cumprimento dos deveres perante outros indivíduos ou grupos sociais, como os deveres eleitorais, tributários, previdenciários etc.

A concretização dos direitos fundamentais só é possível a partir do comprometimento de todos os cidadãos, tanto por meio de condutas negativas, um não fazer diante da fruição de direitos alheios, como um agir indispensável à vida em grupo, o que implica participação ativa dos cidadãos na vida pública e um empenho solidário na transformação das estruturas sociais. Portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício das liberdades individuais e a existência de deveres jurídicos de respeito aos valores

constitucionais e direitos fundamentais em dimensão objetiva e na esfera das relações privadas (SARLET, 2007).

Desse modo, o necessário resgate dos deveres fundamentais contribui para a superação do discurso quantitativo dos direitos fundamentais, valorizando o suporte material para sua aplicação e exercício, bem como aprimora a noção de cidadania sob a dimensão da responsabilidade social, como forma de equilibrar, com direitos e deveres, o estatuto jusfundamental da pessoa humana.

Portanto, a investigação das razões jurídicas e políticas da atrofia no desenvolvimento teórico dos deveres fundamentais conduz a caminhos que se cruzam e se conectam. A superação do primeiro momento do constitucionalismo e o atual contexto de universalização dos direitos fundamentais e da democracia exigem uma visão diferenciada.

Exsurge a dimensão da solidariedade para completar a relação conflituosa entre liberdade e igualdade, entre direitos e deveres das pessoas.

A sociedade se defronta com a proliferação de direitos, mas sente um enorme déficit de efetividade prática, assim como as crises econômicas mundiais expõem os custos dos direitos, de maneira a tornar insustentável a reivindicação de direitos sob o viés subjetivo e individual.

Evidencia-se, com isso, que o ser humano, para viver com certa parcela de liberdade e igualdade em sociedade, deve estar dotado de um conjunto de direitos e de deveres para com a coletividade, que não se sustenta sozinha, mas exige uma dimensão de solidariedade, cuja valorização dos deveres fundamentais converge, desde o pagamento de impostos para manutenção das estruturas e instituições garantidoras dos direitos fundamentais, até noções mais amplas como os deveres para com a ordem democrática e para preservação ambiental às futuras gerações.

O estudo se situa na esfera individual das pessoas, nas exigências jurídicas voltadas aos indivíduos entre si e perante a coletividade. Uma travessia que demonstra que o resgate do tema

não se esgota com o fim em si mesmo, mas sua valorização é carregada de significado para o constitucionalismo contemporâneo, sob a dimensão mais recente dos direitos de solidariedade, confluindo para a eficácia na tutela dos direitos, no exercício da liberdade com responsabilidade e na construção de uma noção mais completa de cidadania.

Fica a indagação, a partir da obra de Resta (2005; 2008), se seria possível um direito fraterno? Para além da dimensão da solidariedade, a fraternidade seria possível nas sociedades atuais? Eis o terceiro e último ponto da investigação.

3 Possibilidades de um Direito Fraterno

Como breve introdução à questão se seria possível uma fraternidade jurídica necessário apresentar a obra do jusfilósofo italiano Eligio Resta (2005) que procura entender as razões pelas quais, das grandes narrativas do Iluminismo, a fraternidade permaneceu inédita e não resolvida em relação aos outros temas da liberdade e da igualdade. A fraternidade confirmava o jogo da pertença dos indivíduos e abria o cenário do cosmopolitismo, deslocava o código amizade-inimizade (SCHMITT, 1986) a um sentimento de maior proximidade e de busca do bem-comum.

Na tradição do pensamento político ocidental, a amizade pode ser entendida tanto como relação pessoal como forma de solidariedade, uma ligação entre iguais e entre diferentes. Mas há a necessidade de se transferir o modelo da amizade à dimensão da fraternidade, transformá-la em código, fazê-la regra, para que se concretize a tentativa de pensar o direito em relação à *civitas maximas*, e não às pequenas pátrias dos Estados.

O direito fraterno coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos e deveres humanos fundamentais, com uma consciência a mais: a de que a dignidade humana é o lugar comum. Somente em seu interior se pode pensar em reconhecimento e tutela jurídica. Mas só ser humano não garante que se possua o sentimento

singular de humanidade. Ser homem garante apenas a titularidade objetiva de direitos humanos, mas esse conteúdo não pode encontrar significado sem o pertencimento à humanidade como um todo.

A humanidade despojada de seu conteúdo metafísico expõe as pessoas às suas responsabilidades, sendo que o direito fraterno pode ser a forma mediante a qual pode crescer um processo de auto-responsabilização, um caminho para a consciência dos direitos e deveres das pessoas humanas, exigíveis direta e horizontalmente, sem necessariamente passar pelo Estado, como uma instância superior e artificial.

Os homens como responsáveis uns aos outros, como um aspecto do direito vivo (EHRlich, 1986), para além das palavras frias da lei, o que remete à dimensão biopolítica do direito (biodireito) e seus paradoxos, na difícil missão de incorporação da vida no direito, resgatando a herança do pluralismo sociológico. Um modelo convencional de direito, entre irmãos, e não imposto. Um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito ao estatuto jusfundamental da pessoa (RESTA, 2008).

Por isso, é um direito não violento, por não se apropriar da mesma violência que diz querer combater. A fraternidade recoloca em questão a comunhão de pactos entre sujeitos concretos com suas histórias e suas diferenças. Ciente de que a vida excede o direito, um bom modelo de convivência jurídica deve evitar colonizar a intimidade. A proposta inclui uma Jurisdição mínima, que as pessoas se apropriem de seus conflitos, sem fugas nem transferências a terceiros, sem codificar suas demandas em termos jurídicos, aproximando-se, nesse ponto, a Axel Honneth (2015), quando trata do que denomina abuso da liberdade jurídica.

A fraternidade estabelece conteúdos de um vínculo que vive de comunidade (*cum + munus*). É a forma mais significativa de uma comunidade possível que vive à espera de reconhecimento, embora viva independentemente dele. É a comunidade que identifica formas

complexas de identidade, mas quando finda o circuito da amizade existe o lugar do estranhamento ou da inimizade, pois se trata sempre de uma contabilidade que estabelece um “*dentro*” e um “*fora*”, uma inclusão e uma exclusão (RESTA, 2005, p. 23-25).

Quando o código moderno iluminista da Revolução francesa sanciona a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, a fraternidade política ingressa na História, encontrando nas constituições contemporâneas a sua forma jurídica. Fraternidade entre os povos do cosmopolitismo da Europa pós-Westfalia, diverso de qualquer código paterno típico do imperialismo das conquistas. A constituição de direitos e deveres entre iguais, entre irmãos, pressupõe um ato originário de supressão do pai, a fim de que não existam mais tiranos. A igualdade fraterna é pressuposto da forma jurídica da democracia e o fim político a ser alcançado através dos princípios normativos (RESTA, 2005).

Assim, “*amigo da humanidade*” é quem supera as ambivalências emotivas e escolhe o caminho do universalismo, uma parte que trabalha pela sobrevivência do todo; o inimigo da humanidade coloca-se em favor de uma parte e nega a possibilidade da existência do todo. Pode-se ser amigo da humanidade sacrificando o pequeno proveito pessoal em favor dos bens públicos, desde pagar impostos a não deteriorar o meio ambiente; já o inimigo da humanidade deseja receber todas as vantagens do bem público, descarregando sobre os outros todos os custos e encargos inerentes (RESTA, 2005, p. 49-50).

A humanidade pode ameaçar somente a si própria. O seu paradoxo está todo nessa dimensão ecológica. Os direitos invioláveis da humanidade não podem ser ameaçados senão pela humanidade e não podem ser tutelados senão pela própria humanidade. Por isso, resgata-se o diálogo sobre guerra e paz para concluir-se que a limitação da soberania dos Estados nacionais e o investimento em uma autoridade legislativa e judiciária superior é algo necessário, capaz de regular os conflitos entre os Estados, pois a ideia de soberania é um obstáculo ao pacifismo jurídico.

O problema da guerra não muda quando se trata da guerra entre Estados ou de guerras civis, onde ficam mais visíveis as hostilidades dirigidas aos irmãos que compartilham uma cidadania comum. Funciona o modelo arquetípico do irmão-inimigo que atravessa a fundação do pensamento místico religioso que não pode ser deixado de fora da solução institucional e organizativa. A violência tende à repetição, ao revide, até a destruição mútua e é apenas para evitar tal fim que se estabiliza uma comunidade regulada, fazendo nascer um direito a partir da estabilização e regulação da convivência.

Para sobreviver a si mesma, a comunidade deve transformar a violência em Direito, por meio da concentração e monopólio do uso da força, expropriada das mãos dos indivíduos para o Estado. Uma violência praticada por um terceiro imparcial e capaz de romper a espiral de violência destrutiva entre as pessoas. O paradoxo está no fato de que o Direito conserva em sua estrutura a violência que busca romper. O mesmo se pode dizer em relação aos vínculos de solidariedade que nascem das identidades. Pode-se compartilhar um sentimento comum de pertença alargando os limites da comunidade, mas se opera a mesma lógica ambivalente, pois trabalha com identificação, portanto, incluindo e excluindo. Somente a partir da consciência da própria violência se pode compreender e reduzir a do outro. Não há outra estrada a se trilhar senão recomençar pela observação de si, individual e coletivo, sem esconder a própria violência. É a condição necessária, ainda que insuficiente, para praticar a *philia* e alcançar a “*amizade pela humanidade*” (RESTA, 2005, p. 72-75).

Sobre o papel do terceiro, o Juiz seria aquele que goza do poder singular de governar a linguagem, a qual atrai e transforma no seu universo tudo aquilo que cai em seu domínio. Já se realizou o processo de racionalização pelo qual esta forma do poder legal tende ao monopólio legítimo da decisão vinculante. É a forma mais exclusiva do poder-saber, mas o implante originário continua

centrado no Juiz e na possibilidade de que haja alguém que diga a última palavra, não importa qual, mas a última.

A relação que se coloca é entre democracia e jurisdição. Um sistema judiciário chamado a decidir sobre tudo e com poderes discricionários pouco controláveis pode ser o lugar que oculta quotas de irresponsabilidade. Essa anomalia se reflete na inflação de litigiosidade; na redundância da cultura dos remédios; no caráter monopolista da Jurisdição; na confusão entre Estado e Jurisdição.

Sobre a questão quantitativa da litigiosidade, Resta (2005) destaca algumas variáveis endógenas, como a formalização de novos direitos, categorias profissionais excessivas e orientadas à cultura do conflito, com tendência a colonizar todos os espaços da vida humana; e outras exógenas, como economias expansivas, ausência de cultura solidária na esfera pública, pouca interiorização da legalidade, déficit de mediação política. É preciso uma reconsideração ecológica, como interações recíprocas que se desenvolvem em um meio orgânica, acerca a relação entre justiça e sociedade, de modo a levar em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam, juntos, os problemas e os remédios.

Nem sempre e não em todas as partes os conflitos são resolvidos por um Juiz na base de um poder monopolista, do tipo estatal. Nem tal sistema é sempre o mais justo ou o mais imparcial. Ao Juiz pede-se que decida, que diga a última palavra com base da lei e não que desenvolva a tarefa de cimento social, que compete a outras esferas da sociedade.

Os modos por meio dos quais um sistema social regula os conflitos que nascem do interior da sociedade são muito diversos, mudam no tempo e no espaço. A legalidade faz existir a autorregulação de um sistema de uma legitimação legal e racional. Aquilo que emerge é a tentativa do sistema institucional de redefinir o círculo conflito-remédio, não através da renúncia ao sistema judiciário, mas através da redefinição de seus limites.

Seria ingênuo pensar os modos alternativos de tratamento dos conflitos como remédio à crise quantitativa da Justiça: os conflitos

aumentam progressivamente e se atribui tudo à ineficiência decorrente da falta de recursos; aumentam-se os recursos pensando em diminuir, mas só aumentam os conflitos. Não somente a interferência causal resulta gratuita, mas nos coloca em uma lógica remedial que contribui não somente para não resolver, mas a inflacionar o saldo de procura e oferta. Um sistema que investe no remédio sem incidir nas causas aumenta os recursos do aparato judiciário, mas continua somente a ilusão de diminuir os conflitos (RESTA, 2005).

O conflito é um mecanismo complexo que deriva de uma multiplicidade de fatores, em uma continuidade entre o micro dos conflitos inter-individuais e o macro dos conflitos sociais, que representa ruptura e ao mesmo tempo reafirmação do vínculo social e dos seus mecanismos comunicativos, que devem encontrar no interior do sistema social um lugar autônomo de regulação e de decisão. A hipertrofia do Judiciário na regulação e decisão depende dessa história, a qual deve ser escavada para se compreender a lógica do sistema social que gerou esse efeito perverso da delegação ao Judiciário que agora parece buscar novas soluções.

A primeira tentativa de aproximação está em revogar o conhecimento de que o conflito é somente aquele definido por sua regulação, que seja somente normatividade e decisão. O conflito entre dois litigantes aparece como um sistema social a três, quando se espera que um terceiro dirima o conflito e se releve, respectivamente, como aliado e inimigo. Só se litiga porque há um terreno comum de linguagens e ordens simbólicas. Do contrário, não há conflito, mas dissídio, que não interrompe a comunicação porque esta não existe. Os duelantes são o modelo mais típico de atores de um conflito que constroem a sua identidade com base na existência do rival, dependem dele de forma constitutiva. O mesmo se verifica no campo simbólico judiciário, onde importa menos o direito controvertido e mais o embate discursivo entre as contrapartes (RESTA, 2005).

A litigiosidade muda no tempo e no espaço, qualitativa e quantitativamente, pois depende de um complexo de fatores socioculturais que lhe determinam as possibilidades. Há fatores

estruturais da conflituosidade social, como questões de mercado de trabalho e de consumo. Ninguém nega o valor do processo judiciário no caminho da legalidade moderna, mas alcançou o ponto de deturpação com o monopólio estatal da Jurisdição e racionalidade da competência do Juiz para cada gênero de conflito. O Juiz não é apenas capaz, mas é obrigado a resolver todos os conflitos, ainda que sem previsão legal específica, pela proibição geral do *non liquet*, que é algo muito mais profundo que uma mera previsão processual, como uma diretiva da ação e o princípio-chave da legalidade moderna (RESTA, 2005).

A legalidade moderna assume um caráter omnicompreensivo e totalizante, indica o exercício obrigatório de uma função resolutiva. O Juiz deve decidir todos os conflitos, porque o sistema social não suportaria a infinitude de lides. Mas não existe nenhum exercício de virtude, há apenas um frio imperativo funcional que intervém na economia da comunicação e que decide o conflito dizendo a última palavra. Do ponto de vista da economia da comunicação, a decisão do Juiz é um evento que se insere em uma rede sistêmica feita de decisões acerca de decisões. E, quanto mais se decide, tanto mais aumenta a necessidade das decisões (RESTA, 2005).

Nesse aspecto, a solidariedade pode ser exigível pelo direito, pois se situa no campo das condutas humanas concretas, como nos direitos de solidariedade, mas nem toda a ação solidária se traduz em um gesto fraterno. Pode ser um ato isolado na vida do indivíduo; pode ser realizada em relações assimétricas e até de poder, tanto em relações horizontais como verticais.

Já a fraternidade se traduz em um novo código do direito, uma linguagem própria, uma expressão mais profunda da solidariedade, pois além da ação solidária, os indivíduos se identificam e se unem por laços mais fortes, que se prolongam no tempo. Esse algo mais compartilhado é a condição humana, a dignidade humana como postulado normativo, a consciência desse “*lugar-comum*”. Por isso, vai além do sentimento subjetivo e, assim, pode ser também exigível pelo direito. Pressupõe uma relação entre iguais, horizontal, de

reciprocidade e mutualismo, notadamente no âmbito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Gera interdependências e fortalece a ideia de deveres humanos fundamentais para com a comunidade.

A fraternidade jurídica é capaz de promover um tecido social menos dependente do Estado, para além da perspectiva individualista, da lógica de consumo dos bens públicos, mas também não se confundindo com o coletivismo, que vê o ser humano reduzido a seu aspecto numérico, em prol do pleno desenvolvimento humano sem necessariamente um Estado provedor e tutelar, por meio da valorização dos deveres e responsabilidades das pessoas entre si, em uma lógica participativa.

Assim como a liberdade tem uma dimensão subjetiva, é também um sentimento, mas pode ser expressa como direito objetivo, a fraternidade tem uma dimensão subjetiva, de sentimento, mas pode se expressar por meio de normas jurídicas exigíveis objetivamente, como no caso dos deveres fundamentais, com exigência de contribuições tributárias e previdenciárias em prol do bem comum.

Considerações Finais

Ante as constatações sociológicas do momento em que se vive, na chamada pós-modernidade, com o predomínio quase absoluto do individualismo no campo do direito, todas as demandas e desejos humanos são traduzidos sob o léxico dos direitos subjetivos individuais, exigíveis do Estado e uns dos outros sob a mesma lógica do consumo.

O presente texto propõe um resgate da noção de dever jurídico e sua inserção equilibrada no estatuto jusfundamental da pessoa humana como forma de corrigir tais distorções e valorizar o aspecto da responsabilidade individual para o bem comum, como condição primeira para o restabelecimento do diálogo e do tratamento racional dos conflitos humanos.

Apresenta-se o tema dos deveres humanos fundamentais, o qual necessita de uma construção mais sólida acerca de seus aspectos teóricos e práticos, o que converge com o momento de consagração de normas fundamentais de terceira geração ou dimensão, que são os direitos de solidariedade.

Essa noção de solidariedade jurídica exige uma compreensão diferente dos direitos e deveres das pessoas em sociedade, pois carrega em si um valor que suporta uma nova dimensão da cidadania e representa o fecho da abóbada do sistema de princípios ético-jurídicos, no sentido de vir a complementar, aperfeiçoar e compatibilizar os dois grandes temas modernos: liberdade e igualdade.

Traz à lume a terceira e última promessa do Iluminismo, já no entardecer de uma modernidade tardia, porém com a perspectiva enriquecida e amadurecida pelo itinerário histórico das normas fundamentais atinentes à liberdade e à igualdade e suas projeções aos modelos de Estado, fazendo surgir uma concepção de solidariedade que, por um lado, está vinculada à solidariedade pelos direitos (paterna ou vertical), mas também à solidariedade pelos deveres (fraterna ou horizontal).

Assim, passa-se à concretização dos direitos sociais e de solidariedade, com acento no plano da eficácia concreta e, no que se refere à solidariedade pelos deveres, é exigido dos cidadãos, da comunidade social ou da sociedade civil o cumprimento dos deveres perante outros indivíduos ou grupos sociais.

Essa noção de solidariedade enriquecida, aprofundada, abre espaço para se pensar nas possibilidades de um direito fraterno, um espaço de reflexão com uma consciência a mais: a dignidade humana como o lugar comum. O ser humano confrontado com um processo de auto-responsabilização, um caminho para a consciência dos direitos e deveres, exigíveis direta e horizontalmente, sem necessariamente passar pelo Estado, como uma instância superior e artificial.

A fraternidade se traduz em um novo código do direito, uma nova linguagem, uma expressão mais profunda da solidariedade, capaz de promover um tecido social menos dependente do Estado,

de superar a perspectiva individualista e a lógica de consumo para, assim, prospectar uma lógica mais inclusiva e participativa.

Referências

ASÍS ROIG, Rodrigo de. **Deberes y obligaciones en la Constitución**. Madrid, 1991.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 setembro 2017.

CARBONE, Carmelo. **I doveri pubblici individuali nella Costituzione**. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1968.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Pessoa, direito e responsabilidade**. RPCC, 6. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introduzione al diritto costituzionale comparato**. 6.ed. Milano: A. Giuffrè, 1988.

DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade**: laços e sangue, laços de razão. Tradução de Casco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1986.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: UnB, 1986.

HÖFFE, Otfried. Visão República mundial: democracia na era da globalização. In OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (orgs.). **Justiça e Direito**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARSHALL, T.H. **Citizenship and Social Class**. London: Pluto Press, 1992.

MARZANATI, Ana; MATTIONI, Angelo (edd.). La fraternità come principio del diritto pubblico. Roma: Città Nuova, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra editora: Coimbra, 2007.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 4^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los deberes fundamentales**. Estado e Derecho, Madrid, 1988.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005.

RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Editora Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. México, 1986.

Direito fraterno: uma nova perspectiva para a sociedade

Lígia Daiane Fink¹
Charlise Paula Colet Gimenez²

Considerações Iniciais

No momento histórico que nossa sociedade está vivenciando, diante da crescente globalização, está se registrando características nas relações sociais, no indivíduo na formação/transformação de sua identidade e no seu reconhecimento na sociedade, também se observa que os seres humanos, vinculados ao seu Estado (na

¹Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões(URI), *Campus* Santo Ângelo-RS, vinculada à linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos. Estudante no grupo de Pesquisas CNPQ – Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, liderado pelo Prof. Dr. João Martins Bertaso e pela Prof^a Dra. Charlise Colet Gimenez da mesma Universidade. Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis(FEMA), de Santa Rosa-RS. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade de Educação e Tecnologia da Região Missioneira(FETREMIS) de São Paulo das Missões-RS. Especialista em Direito Penal, Econômico e Tributário pela mesma Faculdade. Pós-graduanda em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pela Instituto Cenecista de Ensino Superior(IESA) de Santo Ângelo-RS. Funcionária Pública Municipal. E-mail: ligia_daia@hotmail.com

² Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul ? UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, todos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa

perspectiva da nacionalidade), enfrentam problemas relativos aos Direitos Humanos, cuja repercussão ocorre em escala mundial. A nova modernidade produziu reformulações significativas na sociedade, na política, na economia e principalmente no comportamento dos indivíduos, reformulações estas que transformou a sociedade em uma sociedade com insegurança, ou seja, a insegurança social, como refere Robert Castel.

Assim, com o advento da globalização reproduz-se uma nova forma de reivindicação, idealizando o reconhecimento das diferenças e de seus direitos, visto que pode-se dizer que os paradigmas da desigualdade social, estão diretamente correlacionados às fases do processo de modernização. Logo, uma vez não reconhecidas as diferenças, torna-se inevitável um enfrentamento entre as diversas realidades culturais e seus Estados-Nação – cujas políticas de reconhecimento e de identidade não condizem em sua maior parte com o cenário atual – ocasionando, desse modo, conflitos de abrangência internacional.

Nesse sentido, a sociedade contemporânea, diante de sua diversidade cultural carece da efetivação das políticas de reconhecimento, as quais muitas vezes não existem e ou são ineficientes, o que ocasiona o não reconhecimento das diferenças e particularidades das diferentes culturas e/ou grupos; visto é que a nova realidade social vivida necessita valorizar a alteridade e a diferença.

À vista disso, o presente capítulo tem por objetivo apresentar o Direito Fraterno como meio de transformação da sociedade contemporânea (que também é vista como uma sociedade de risco e sociedade da insegurança), para o reconhecimento do diferente e sua respectiva inclusão.

Assim, apresenta-se, em um primeiro momento, a formação da sociedade contemporânea, a produção da identidade e o reconhecimento decorrente dela; e, logo após, tem-se o Direito Fraterno como nova perspectiva para a sociedade e ao estudo dos problemas sociais, em especial, aos que se referem às políticas de

reconhecimento, efetiva inclusão do outro, um direito não violento e universal, uma aposta na humanidade

1 A Sociedade Contemporânea e a Produção dos Conflitos Sociais

A sociedade contemporânea vive hoje uma ruptura no interior da própria modernidade, vivemos uma ruptura idêntica à modernização que produziu as práticas feudais, fazendo surgir assim, a civilização industrial. Contudo, esta ruptura não significa o fim, mas sim, uma reformulação da sociedade moderna, que contrai novos rumos e contornos, transformando-se em uma “sociedade (industrial) de risco”. A nova modernidade, implementou mudanças significativas na política, na economia e principalmente no comportamento dos indivíduos, posto que a produção social de riquezas é acompanhada simultaneamente pela produção social de riscos (BECK, 2011).

Diante dessa simultaneidade de produção social de riqueza e produção social de riscos, os problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez são sobrepostos aos problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos técnico-científicos produzidos (BECK, 2011).

Segundo Ulrich Beck, “a promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico.” Assim, pode-se dizer que os paradigmas da desigualdade social, estão relacionados às fases do processo de modernização (BECK, 2011).

A distribuição e os conflitos acerca da riqueza social estão em primeiro plano nos países e sociedades de terceiro mundo, onde os pensamentos e ações das pessoas são dominados pela carência material, pela “ditadura da escassez”, pois, no processo de modernização, surgem cada vez mais forças destrutivas, em tal medida que a imaginação humana fica desordenada diante delas (BECK, 2011).

Segundo Castel (2013) as sociedades modernas estão construídas sobre o fértil terreno chamado de insegurança, pois são sociedades que não encontram nem em si mesmos, nem ao seu meio imediato a capacidade de assegurar sua própria proteção.

O autor ainda refere que com o advento da modernidade, o status do indivíduo, muda radicalmente, sendo reconhecido por si mesmo, independentemente de seu vínculo com os grupos. Neste sentido, faz referência às guerras de religião na França e a guerra civil inglesa, da desestabilização de uma ordem social fundada nas pertencas coletivas e legitimada pelas crenças tradicionais, o que leva ao extremo a dinâmica da individualização dos indivíduos:

Testigo a través de las guerras de religión en Francia y la guerra civil inglesa de la desestabilización de um ordem social fundado em las pertenencias coletivas y legitimado por las creencias tradicionales, lleva al extremo da dinâmica de La individualización hasta el punto em que ésta dejaría a los individuos enteramente librados a si mismos. Una sociedad de individuos no sería ya, hablando con propiedad, uma sociedad sino un estado de naturaleza, es decir, un estado sin ley, sin derecho, sin constitución política y sin instituciones sociales, presa de uma competência desenfadada de los individuos entre si, y La guerra de todos contra todos. (CASTEL, 2013, p. 19).

Assim, pode-se identificar uma desorientação nos indivíduos das organizações sociais, como se esses fossem pegos de surpresa pelo universo de mudanças e não compreendessem o que está acontecendo, parecendo assim, estar fora do controle a sociedade da sociedade atual (DUMONT, GATTONI, 2003).

Nessa perspectiva, pode-se perceber que a sociedade contemporânea está cada vez mais distante dos ideais e referências do Estado de Bem-Estar Social, dentro de um contexto, no qual o controle social seria exercido por um Estado totalizante, uma vez que, exsurge um aglomerado de novos condicionantes sociais, os quais, tendem a integrar as formas de controle social em novos modelos de sociabilidade (LOPES, SINOS, 2006).

Hoje, praticamente todos os perigos que ameaçam a sociedade parecem estar sob jugo de decisões e imputações morais, políticas e jurídicas, que muitas vezes são responsabilidade de empresas multinacionais, indústrias e interesses privados, que interferem nas decisões estatais, ou seja, os interesses privados se sobrepõem aos interesses públicos (COLLAZOS, 2012).

Freud, em seu diálogo com Einstein (Por que a Guerra?), destaca que a humanidade tem passado por períodos de tempo incalculáveis, tendo a humanidade, passado por um processo de evolução cultural, e é a esse processo que devemos tudo o que nos tornamos bem como boa parte daquilo que padecemos. Destaca ainda que dentre as características psicológicas da civilização, duas são mais importantes: o fortalecimento do intelecto e a internalização dos impulsos agressivos com todas as suas consequentes vantagens e perigos.

O autor, ainda, aduz que as guerras somente serão evitadas, se a humanidade se unir para estabelecer uma autoridade central a que será conferido o direito de arbitrar todos os conflitos de interesses, envolvendo dois requisitos distintos: criar uma instância suprema e dotá-la de necessário poder.

Segundo Ulrich Beck, a sociedade é marcada principalmente por uma carência, posta, pela impossibilidade de “imputar externamente” as situações de perigo, ou seja, a sociedade ao trabalhar com os riscos é confrontada com ela mesma, como ele refere:

À diferença de todas as culturas, e fases de desenvolvimento social anteriores, que se viam confrontadas a ameaças das mais variadas formas, atualmente, a sociedade se vê, ao lidar com riscos, *confrontada consigo mesma*. Riscos são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas. Nessa medida, com a sociedade de risco, a *autogeração* das condições sociais de vida torna-se problema e tema. Se os riscos chegam a inquietar as pessoas, a origem dos perigos já não se encontrará mais no exterior, no exótico no inumano, e sim na historicidade adquirida

capacidade das pessoas para a autotransformação, para a autoconfiguração e para a autodestruição das condições de reprodução de toda a vida do planeta. (BECK, 2011, p. 275).

O autor refere, igualmente, que as fontes de produção de perigo, não são mais o desconhecimento, mas sim, o conhecimento, ou seja, uma dominação aperfeiçoada da natureza, com um sistema de decisões e coerções objetivas estabelecidas na era industrial (BECK, 2011).

A referência de Giddens “vivemos hoje em uma sociedade de risco” pode ser comprovada, mediante a atual realidade social e mundial em que vivemos, uma vez que, as interações sociais se efetivam, conforme a historicidade. Dessa forma, é necessário que “o mundo perceba que esses novos cenários apontam para a necessidade de melhor refletir sobre o relacionamento com as sociedades em que a tradição, política e religiosidade se amalgam em um só movimento” (DUMONT, GATTONI, 2003, p. 52).

Importante salientar que, pensadores e filósofos sustentam que o fenômeno da globalização concorreu para a denominada crise do Estado, como também para a crise de legitimidade que afeta suas instituições, visto que, o Estado-nação vai perdendo seu poder de atuação diante da sociedade contemporânea, que se torna cada vez mais complexa (LYRA, 2003).

É notável que o século XXI carrega problemas antigos, os quais diante da globalização, estão se agravando dia a dia, como por exemplo as velhas questões ecológicas e ambientais que há muito tempo colocam em risco o planeta, como bem evidenciou Ulrich Beck, na sua obra *Sociedade de Risco*. Vive-se o progressivo problema das migrações, do terrorismo, desemprego, refugiados, imigrantes e sobretudo a falta de diálogo intercultural; a intolerância vivida parece uma epidemia coletiva (BERTASO, HAMEL, 2016).

Em tempos de intolerância, os indivíduos esquecem de partilhar, seja bens ou serviços que resultam um processo de desenvolvimento, sendo assim, aumenta a insegurança coletiva.

Destarte, na contemporaneidade, vislumbra-se notoriamente um crescente individualismo solipsista, não sendo capaz de reconhecer o outro e praticar a alteridade.

Contemporaneamente, a sociedade moderna é composta por uma diversidade de culturas, etnias, bens, valores, devendo a partir destes, exercer uma convivência humana pacífica, reconhecendo o outro, seus valores, preceitos, crenças, demonstrando a prática da tolerância. Uma vez que, a busca incessante pela identidade e de seu reconhecimento “é um contraponto à homogeneidade cultural que vem na esteira da globalização (BERTASO, HAMEL, 2016, p. 100).

Nesta acepção, é possível perceber que a globalização desafia as formas tradicionais de produzir pertença e identidade, esse novo padrão remodela as formas dos modelos culturais de adaptar-se ao tempo de globalização, esse processo tem modificado o cotidiano dos indivíduos, porém, conforme refere Ulrich Beck, “em todos os lugares, a ideia de que se vive num lugar isolado e separado de todo o resto vai se tornando claramente fictícia” (BECK, 1999, p. 139, apud, LUCAS, 2013, p.168).

Segundo Goergen “o projeto moderno do universalismo e do racionalismo, vê-se contraposto ante uma nova realidade, a qual deve valorizar a alteridade e a diferença”, já Touraine, aduz que vive-se uma crise social nunca vista antes, segundo ele “a crise e a decomposição do paradigma da vida social criaram um caos onde se engolfaram a violência, a guerra, a dominação dos mercados que escapam a toda regulamentação social – mas também a obsessão identitária dos comunitarismos” (GOERGEN, 2006, p. 179, TOURAINE, 2007, p. 25, apud, BERTASO, HAMEL, 2016, p. 103, 104).

Para Julien Freund (1995), a violência é inerente a sociedade, é natural que esteja presente em cada uma delas, em qualquer espaço e época, no sistema político e econômico e no desenvolvimento do estado em geral, jamais se acabará totalmente, tudo o que se deve fazer é mantê-la dentro dos limites e atuar sobre seus efeitos, este é o papel da política.

A diversidade de culturas e aproximação destas na contemporaneidade, são resultados do processo de globalização, o que torna inevitável a exigência por parte destas de reconhecimento e participação. Centrado na ideia de pluralismo como advento da diversidade, o multiculturalismo, expõe a possibilidade de acesso à alteridade e ao reconhecimento do outro e de suas diferenças (LUCAS, SCHNEIDER, 2009).

Na concepção de Silva, a multiplicidade de identidades é uma máquina de produzir diferenças, e estas são irredutíveis às identidades, destarte, introduzir a diferença em um mundo que sem ela se reduziria a reproduzir o mesmo e o idêntico significa educar, no sentido de respeitar, de reconhecer (SILVA, 2013). Nesse viés,

Respeitar a diferença não pode significar “deixar que o outro seja como eu sou” ou “deixar que o outro seja diferente de mim tal como sou diferente (do outro)”, mas deixar que o outro seja como eu *não sou*, deixar que ele seja esse outro que *não pode* ser eu, que eu não posso ser, que não pode ser um (outro) eu; significa deixar que o outro seja diferente, deixar ser uma diferença que não seja, em absoluto, diferença entre duas identidades, mas a diferença *da* identidade, deixar de ser uma outridade que não é outra “relativamente a mim” ou “relativamente ao mesmo”, mas que é absolutamente diferente, sem relação alguma com a identidade ou com a mesmidade (PARDO, 1996, p. 154 *apud* SILVA, 2013, p. 101).

Sob a ótica do direito à diferença, proclamado pelo multiculturalismo, os ideais humanos universais seriam uma nova tentativa de homogeneização destes. Contudo, consoante expõe Lucas, “O conflito, então se estabelece entre a necessidade de preservação de culturas dos diferentes povos e o dever de observância aos direitos do homem indistintamente entre esses grupos de indivíduos, enveredando, muitas vezes, para a relativização [...]” (LUCAS, 2009, p. 105).

Na contemporaneidade, a pluralidade cultural é uma realidade que deve ser estimulada, contudo, ao mesmo tempo em

que é oportunizado o encontro das diferenças na sociedade global, surgem, também, as divergências e arrenegações que não favorecem o diálogo intercultural, sendo marcado muitas vezes com agressividade o nível das oposições (LUCAS, 2009).

Nesse contexto, insere-se Eligio Resta, o qual refere que [...] é a obsessão da diferença que compele os homens a elaborarem todas aquelas formas insistentes da identidade, que os induzem a distanciar-se dos outros e que lhes sugerem o direito de manter longe de tudo aquilo que se lhes avizinha. (RESTA, 2004, p. 29).

As construções teóricas acerca do multiculturalismo possuem como elemento essencial a diferença. Esta sintaxe da diferença está calcada e funcionaliza-se em uma projeção da alteridade, já as sintaxes da igualdade e da universalidade possuem uma perspectiva individualistas/solipsistas. Desta forma, se faz necessário entender que a influência da construção da igualdade/universalidade - individualistas - diante da sociedade contemporânea, torna-se totalmente inoperante, para a solução dos conflitos próprios da Pós-Modernidade (SANTOS; LUCAS, 2015).

Pode-se notar que os conflitos que permeiam a atualidade não se constituem essencialmente de natureza interindividualista, mas identifica-se uma diversidade de contendas coletivas (grupos sociais contra outros grupos; grupos contra entidades abstratas como o Estado; etnias contra outras etnias; maiorias contra minorias); pois a multiplicidade de forças é muito mais complexa do que a de uma pessoa *versus* outra (LUCAS; SANTOS, 2015).

Diante do contexto da sociedade contemporânea, pode-se aduzir que é somente com o reconhecimento da diversidade, ou seja, por meio da política do reconhecimento igual, que pode existir a elaboração de novas práticas de convivência entre as diversas formas de identidades humanas, seja dentro das sociedades multiculturais, como também em um mundo globalizado (TAYLOR, 1998 *apud* LUCAS; OBERTO, 2010).

Nesse viés, aprender como impedir a inacessibilidade entre as variadas culturas e mediá-las com uma efetiva política de

reconhecimento constitui o maior desafio do multiculturalismo; pois se faz necessário uma política que reconheça as diferenças, eis que “[...] negar a diferença, pode ser tão desastroso para a democracia como negar a universalidade da condição humana [...]” (LUCAS; SANTOS, 2015, p. 246).

O efetivo reconhecimento pode permitir que sejam corrigidas todas as lacunas na sociedade, impedindo ou dirimindo os conflitos existentes nela (LUCAS; OBERTO, 2010), assim, no próximo tópico, apresentar-se-á o Direito Fraterno como uma nova perspectiva para a sociedade contemporânea, uma vez que Eligio Resta aposta na própria humanidade para resolver os conflitos existentes.

2 Direito Fraterno: uma Aposta na Humanidade

Tendo em vista que a diversidade e a diferença entre as pessoas de uma sociedade estão intrinsecamente ligadas à existência de conflitos, as pessoas vivem a lógica do individualismo e da competição, sendo inerente ao ser humano possuir desejos similares aos dos outros, gerando rivalidade e disputa, momento em que surge o conflito, pois o homem diante desta disputa, já não possui a capacidade de percepção que há espaço para ele e os demais.

Spengler e Gimenez referem que “[...] o conflito manifesta-se como um enfrentamento entre dois seres ou grupos que revelam uma intenção hostil a respeito do outro [...]” (SPENGLER, GIMENEZ, 2013, p. 131). Nesse viés, o conflito busca transpor/acabar com a resistência do outro, buscando a dominação da outra parte, com o intuito de impor uma solução, seja com argumentos racionais, muitas vezes utilizando a violência, seja com ameaças, por isso, o conflito é sempre um procedimento contencioso, onde os adversários são tratados na maioria das vezes como inimigos.

Assim, percebe-se que o indivíduo não pode fugir da situação de conflito, sem que renuncie seus próprios direitos, assim, ao assentir o conflito, permite que seja reconhecido pelos demais, uma

vez que, o conflito pode ser construtivo, estabelecendo um contrato entre as partes, correspondendo aos respectivos direitos e acarretando a construção de vínculos de equidade e justiça entre as pessoas de uma ou entre comunidades (COLET, 2009, p. 52).

De acordo com Freund, o conflito consiste em um enfrentamento por choque, intencionado, entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, umas aos outros, uma intenção hostil, em geral à um propósito ou direito, e que para manter, afirmam ou restabelecer o direito, tratam de romper a resistência do outro eventualmente, utilizando o recurso da violência, o que pode chegar até ao aniquilamento físico do outro.

Tentando elucidar a definição de conflito, o autor segue com várias explicações, dizendo que o enfrentamento e o choque são voluntários; os antagonistas devem ser da mesma espécie; a intenção do conflito implica em uma vontade hostil, com a intenção de prejudicar o outro, porque o considera como inimigo, ou porque quer que assim seja; o objeto do conflito geralmente (quase sempre) é um direito, uma reivindicação de justiça; o conflito trata de romper a resistência do outro, consiste em uma confrontação de vontades, das quais, uma busca dominar a outra, com a esperança de impor-lhe a sua solução; o risco de um conflito está no compromisso segundo o qual é o esquema da relação de forças.

Contemporaneamente, ante a sociedade multicultural contemporânea, estão os seres humanos frente a uma crescente juridicização do Direito, utilizada para traduzir conceitos, ideias e sentimentos, ou seja, para satisfazer as necessidades humanas mínimas, tentando a solucionar esses conflitos.

Contudo, para que se possam satisfazer tais necessidades, é inescusável que se utilize um instrumento de tratamento de conflitos sem violência, que incentive a paz e o restabelecimento das relações entre os indivíduos (COLET, 2009, p. 53). Nesse contexto, preceitua Muller:

Só a acção não-violenta pode desatar o nó górdio de um conflito e permitir assim a sua resolução. Cortar o nó em vez de levar tempo a desatá-lo é dar provas de impaciência. A violência é precipitação e um excesso de velocidade da acção. Ela violenta o tempo que é necessário para o crescimento e maturação de todas as coisas. Não que o tempo aja por si mesmo, mas concede à acção o tempo de que ela necessita para se tornar eficaz. Assim, a virtude da paciência encontra-se no cerne da exigência de não-violência. [...] A paciência tem a força da perseverança [...] (MULLER, 2006, p. 18-19 *apud* COLET, 2009, p. 53).

Nesta perspectiva, o Direito Fraternal exsurge propondo uma “nova/velha” análise do sistema do direito na sociedade atual, sugerindo uma nova análise do Direito atual, e uma reestruturação das políticas públicas que pretendam uma inclusão literalmente universal. Um princípio esquecido, “prima pobre” da dignidade e da igualdade, a fraternidade, retorna hoje com relevância no sentido de compartilhar, de reconhecer o outro, de identidades globais, de mediação, ou seja, é um direito livre de obsessão de uma identidade legitimadora (STURZA; ROCHA, 2015, p. 5).

O principal teórico acerca do Direito Fraternal é Eligio Resta, o qual iniciou seus estudos acerca do tema a partir dos anos 80, e tem sua principal obra apresentada no “*Il Diritto Fraternal*”. Neste sentido, o autor recupera a ideia de fraternidade, retomando um dos princípios da revolução iluminista, que ficou esquecido desde seu enunciado, conforme Vial expõe:

La fraternità illuministica reimmette una certa quota di complessità nel freddo primato del giusto sul buono e cerca, appunto, di alimentare di passioni calde il clima rigido delle relazioni politiche. Ma ha nello stesso tempo bisogno di trasferire il modello dell'amicizia nella dimensione della fraternità, tipica di una condivisione di destini grazie alla nascita e indipendentemente delle differenze. Per questo ha bisogno di trasformarla in codice, di farne regola; con tutti i paradossi, ma anche con tutte le aperture che comporta. Per questo è “diritto fraternal” che si affaccia allora, in epoca illuministica, e vive da quel momento in poi come

condizione esclusa, ma non eliminata, accantonata e presente nello stesso tempo (RESTA, 2002, p. 07 apud VIAL, 2006, p. 121).³

O Direito Fraterno, consoante manifesta Eligio Resta, retorna hoje na sociedade contemporânea para re-propor condições que já haviam se apresentado no passado. Atualmente, a sociedade enfrenta uma época em que a forma estatal das pertencas fechadas está desgastada, governada por um mecanismo ambíguo que incluiu os cidadãos, excluindo todos os outros.

Os conflitos acerca do Direito, de modo geral, encontram-se ancorados na figura de um soberano, ou seja, como figura de efetivação dos direitos; por isso deve haver um soberano, representado, pelos Estados-Nação. Já o Direito Fraterno, propõe uma outra concepção – a fraternidade – sendo que esta difere dos modelos soberanos, uma vez que parte do pacto entre iguais e, desse modo, é considerado (*frater - irmão*) e não (*pater-pai/superior*).

Neste sentido, afirma-se que o Direito Fraterno é uma metateoria⁴, pois se apresenta como uma teoria das teorias, propondo uma nova forma de reconhecimento do Direito na sociedade atual. De acordo com Vial, o Direito Fraterno, sendo uma metateoria, faz uso também da técnica no sentido ambivalente de sua utilização. Destarte, é essencial trazer a ideia de *pharmakon*, expressão grega utilizada por Eligio Resta, que ao

³ “A fraternidade iluminista insere novamente uma certa cota de complexidade no frio primado do justo sobre o bom, e procura, com efeito, alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações políticas. Mas há, concomitantemente, a necessidade de transferir o modelo de amizade à dimensão da fraternidade, típica de uma comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças. Assim, há a necessidade de transformá-la em *código*, de fazê-la regra, com todos os paradoxos, mas também com todas as aberturas que comporta. Por isso é ‘direito fraterno’ que se configura então, em época iluminista, vivendo, daquele momento em diante, como condição excluída, mas não eliminada, deixada de lado e, ao mesmo tempo, presente” (Tradução livre – VIAL, 2006, p. 121).

⁴ Importante definir o conceito de metateoria apresentado no dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia de direito: “1. A metateoria é um tipo de atividade que pesquisa (a pesquisa metateórica), os resultados dessa atividade (a ‘metateoria’). 2. Pesquisa que tem por objetivo específico as teorias científicas (elas próprias consideradas também sob o ponto de vista da atividade e do seu produto) e que tem, como resultado, a produção de uma ‘teoria das teorias científicas’ (distinção feita em relação a interpretação jurídica – Tarello – entre metateoria como atividade e metateoria como produto)” (ARNAULD, 2000. p. 493).

mesmo tempo tem significado de remédio e veneno, dependendo de como é empregada (VIAL, 2006).

Na sociedade contemporânea, é mister pensar o direito a partir de uma visão transdisciplinar, essa transdisciplinariedade significa transgredir e integrar, haja vista que a sociedade atual não é mais aquela definida geograficamente, mas sim uma sociedade de mundo (cosmopolita), uma sociedade multicultural.

Isso posto, o Direito Fraterno prima pela análise transdisciplinar dos fenômenos sociais. A transdisciplinariedade significa, antes de tudo, *transgredir* – no sentido de buscar os fundamentos e pressupostos nas mais diversas ciências, tentando captar o sentido das ações sociais e jurídicas-; *integrar*, no sentido de analisar o contexto do todo e não em partes separadas, com o objetivo de reconhecer as diferenças entre os sistemas sociais e/ou ciências, sendo que é a existência dessas diferenças e limitações que permitem uma análise à complexidade do fenômeno-; e *ultrapassar* – uma vez que é necessário ultrapassar os limites de um saber único, sendo que procurar conhecer é ao mesmo tempo desconhecer-. É nessa acepção que Resta perquiriu e analisou as mais diversas áreas do conhecimento, questionando as verdades, resgatando novos/velhos conceitos (fraternidade), apostando assim, na retomada do Direito Fraterno (STURZA; ROCHA, 2015).

O Direito Fraterno, para Resta, afasta a dominação histórica de um direito fechado nas fronteiras do Estado e busca um espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, mas com outro entendimento, o de que é a humanidade que deve buscar dentro de seu interior o reconhecimento e a tutela, ou seja, os direitos humanos somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, e somente podem ser efetivados pela própria humanidade (RESTA, 2004).

Resta refere que o Direito Fraterno pode ser a forma mediante a qual pode crescer um processo de auto-responsabilização dos cidadãos, contudo, este processo somente se dará desde que o reconhecimento do compartilhamento esteja livre da rivalidade destrutiva típica do modelo dos “irmãos inimigos” (RESTA, 2004).

Nesse contexto, Spengler expõe que

Uma sociedade, para ser realmente humana, não pode renunciar à fraternidade, o que não significa colocá-la em confronto com a liberdade e igualdade,⁵ mas de articular a coexistência das três. Compreende-se, nesse sentido, que a fraternidade poderá desempenhar um papel político se interpretar e transformar o mundo real, revelando um valor heurístico e uma eficácia prática. Se eliminada no cenário social, a fraternidade pode ser resgatada como meio de possibilitar o reconhecimento do outro e de sua alteridade. Tem-se, portanto, o desafio⁶ de superar a lógica meramente identitária, e caminhar em direção a um reconhecimento efetivo e eficaz da alteridade, da diversidade e da reciprocidade [...] (SPENGLER, 2012 *apud* DEL'OLMO; GIMENEZ; MACHADO, 2017, no prelo).

O Direito Fraternal exposto por Resta, abandona a fronteira fechada da cidadania e busca uma nova forma de cosmopolitismo que não é apenas representada pelos mercados, mas por uma emergente necessidade universalista, que demanda respeito aos direitos humanos e que se sobrepõe ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais que governam e decidem à sua sombra. Assim, pode-se falar que o Direito Fraternal vive da falta de fundamentos, anima-se de fragilidades, de apostas, vive de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas (RESTA, 2004).

Nesse viés, refere Vial que no século XIX vários juristas apostaram em fragilidades, como Puchta (1881):

Para Puchta, o princípio do direito é a liberdade e não a razão (lembrando que a razão é a necessidade que exclui aquilo que nega,

⁵Ressalta-se que a fraternidade encontra-se somada à liberdade e à igualdade na Revolução Francesa, o que demonstra que a presença de uma não exclui as demais.

⁶Nesse sentido, adiciona Spengler que “[...] cada ser humano nasce num determinado lugar geográfico e social, e isso implica a assimilação de determinada língua, cultura e “maneira de ser no mundo”, que faz com que ele se torne o que é. O homem, com efeito, não nasce homem, mas se faz homem. É impossível renunciar a essa identidade originária, que faz parte da nossa condição humana, enquanto seres não totalmente predeterminados pela natureza. Ela se constrói necessariamente num confronto intersubjetivo entre um eu e um outro, e entre nós e os outros [...]” (SPENGLER, 2012, p. 90-91).

a liberdade é a negação da necessidade). Afirma, ainda, que é livre somente quem pode querer, desejar e mais, quem é reconhecido como *livre*, ou seja, quem tem a possibilidade de ser sujeito de direito não porque seu comportamento seja delimitado, previsto ou prescrito, mas porque sua liberdade existe e está vinculada a possibilidade de realizar uma escolha, de querer alguma coisa (PUCHTA, 1881, vol.I, p.4 *apud* VIAL, 2006, p. 120)

Ainda, Vial faz menção ao filósofo Àgnes Lejbowicz, o qual traz a ideia de fraternidade, aduzindo que esta contribui para tornar a humanidade livre de um poder único, sendo o reconhecimento do outro semelhante e por ter sua inspiração jusnaturalista, o que contribui para a rejeição das discriminações, conforme expõe:

[...]contribue à rendre l'humanité incapturable par le pouvoir d'un seul. [...]

Antérieure donc à l'affirmation de l'égalité et de la liberté, elle est la reconnaissance de l'autre comme semblable. En revanche, dans la logique du droit interne édifiant une cité, on pose en premier les droits civils et politiques: la liberté et l'égalité, et c'est de la réalisation de ces droits que la fraternité peut surgir comme expression complémentaire du social. La liberté et l'égalité font l'objet de lois et de décrets, la fraternité ne se décrète pas. Son inspiration jusnaturaliste contribue au rejet des discriminations et renouvelle le contenu et le sens qu'une société donne à la liberté et à l'égalité juridiques. (LEJBOWICZ, 1999, p. 406, *apud* VIAL, 2006, p. 122).⁷

Importante salientar o que Resta apresenta como estruturas fundamentais do Direito Fraterno, os quais serão elencados sucintamente:

⁷ “[...] contribui para tornar a humanidade incapturável pelo poder de um só. [...] Anterior, pois a afirmação de igualdade e de liberdade, ela é o reconhecimento do outro como semelhante. Por outro lado, na lógica do direito interno edificante de uma cidade, coloca-se em primeiro lugar os direitos civis e políticos: a liberdade e igualdade, e é a realização destes direitos que a fraternidade pode surgir como expressão complementar do social. A liberdade e igualdade fazem o objeto das leis e decretos, a fraternidade não se decreta. Sua inspiração jusnaturalista contribui para a rejeição das discriminações e renova o conteúdo e o senso que uma sociedade da a liberdade e a igualdade jurídicas.” [Tradução livre – VIAL, 2006, p. 122].

- a) é um direito jurado entre irmãos, homens e mulheres, no sentido de *frater* sem a imposição de um soberano, mas sim de um pacto em que se decide conjuntamente compartilhar regras de convivência. É o oposto do direito *paterno*, o qual é imposto por um soberano, porém, a conjuntura fraterna não é contra o pai, ou soberano, mas sim, para uma convivência compartilhada, livre de soberania e da inimizade;
- b) é um direito livre de obsessão da identidade que deveria legitimá-lo, segundo Resta, está longe de um *ethnos* que o justifica, mas está preparado para constituir um demos graças a um pacto. Assim, o direito fraterno encontra-se em um espaço político aberto, livre das limitações políticas e geográficas que justificam seu domínio. A tarefa compartilhada são suas únicas justificativas;
- c) questiona o direito de cidadania, uma vez que este é, desde sempre, lugar de exclusão; destarte, o direito fraterno volta seu olhar para os direitos humanos, na humanidade como um lugar comum. Não obstante a dimensão ecológica dos direitos humanos, nos leva à conscientização de que os direitos humanos podem ser ameaçados sempre e somente pela própria humanidade, como também, são protegidos somente por esta;
- d) o quarto fundamento do direito fraterno é a diferença entre ser homem e ter humanidade, refere que existe uma grande distância entre os dois (ser homem e ter humanidade). Os direitos humanos são lugar de responsabilidade e não de delegação; por isso o direito fraterno é cosmopolita;
- e) Outro fundamento essencial do direito fraterno é que ele é um direito não violento, não insere a ideia do inimigo, destituindo o binômio amigo/inimigo. Pois, não se podem defender os direitos humanos enquanto os está violando, assim, a possibilidade de sua existência está no evitar o

curto circuito da ambivalência mimética (*pharmakon*), que o transforma de remédio e doença, de antídoto em veneno. A minimização da violência leva a uma jurisdição mínima, conciliando em conjunto e mediando com pressupostos de igualdade e diferença;

- f) o direito fraterno é contra os poderes, de todos os tipos, os quais exercem domínio sobre a vida nua, este pressuposto é intrincado posto que elimina algumas seguranças, verdades e dogmas;
- g) é um direito inclusivo, dado que, escolhe direitos fundamentais e define acesso universalmente compartilhados a bens inclusivos, pretende uma inclusão sem limitações;
- h) é a aposta de uma diferença, com relação aos outros códigos que trabalham com o binômio amigo/inimigo, haja vista que o direito fraterno propõe a ruptura desse binômio.

Demonstradas as estruturas do Direito Fraterno, visualiza-se o caráter inclusivo e transdisciplinar deste modelo de direito, o qual rompe as fronteiras fechadas da cidadania e projeta o Direito para uma nova forma de cosmopolitismo. Resta concluir a versão em português do texto Direito Fraterno, fazendo a seguinte proposta:

O Direito Fraterno, então, vive da falta de fundamentos, anima-se da fragilidade; procura evitar que “deve” ser, e que existe uma verdade que o move. Ao contrário, arrisca numa aposta, exatamente como na aposta Pascal sobre a existência do bem comum: se tivesse existido, o benefício teria sido enormemente maior do que o custo empregado com as próprias contribuições pessoais. No caso em que, ao contrário, não tivesse existido aquilo que se gastou, teria tido um pequeno custo em relação aquilo que poderia ter ganhado. Convém, então, apostar na fraternidade. (RESTA, 1996, p. 125).

Assim, uma sociedade fraterna, que aposta na própria humanidade, investe na existência do bem comum, assumindo a existência do inimigo, não pelo seu descarte, deixando-o à margem, mas pelo reconhecimento de que a rivalidade existe dentro de cada um, logo, dentro da própria humanidade. Com esse reconhecimento, a ordem jurídica, deve buscar o desenvolvimento universal, superando a lógica individualista, seja individual, de grupo, classe ou etnia, isto é, o Direito deve adotar a “lógica do humano”, do “estar com o outro” e não “contra o outro” (SPENGLER, 2012 *apud* DEL’OLMO; GIMENEZ; MACHADO, 2017, no prelo).

O cidadão do mundo civilizado, não pode deixar de desanimar-se diante da guerra, pois, como é sabido, tudo se desorganiza, revira qualquer ordem; a evolução torna cada vez mais cruéis e insuportáveis os conflitos bélicos, a rivalidade e a inimizade estão intrínsecos dentro de cada um. “O ‘si mesmo’ da humanidade é o lugar daquela ambivalência emotiva que edifica e destrói, que ama e odeia, que vive da solidariedade e de prepotências, de exércitos e de hospitais, de amizade e de inimizades, tudo ao mesmo tempo e no mesmo local.” (RESTA, 2004, p. 41).

Superar as ambivalências emotivas e escolher o caminho do universalismo, recebendo e incluindo o outro, significa ser amigo da humanidade. O amigo da humanidade “[...] endereça sua amizade a uma ideia, um projeto, no qual conta o respeito por qualquer outro, e, assim, por si mesmo. A amizade pela humanidade é sensibilidade estética [...] mas é, sobretudo, dever e responsabilidade [...]” (RESTA, 2004, p. 49).

Nesse contexto, desafia-se o particularismo, a amizade pela humanidade, instaurando-se um jogo linguístico, colocando em foco, a relação entre parte e todo, ou seja, entre particularismo e universalismo. Assim,

Amigo da humanidade é, portanto, o indivíduo moral e racional que, conscientemente, conhece os riscos, mas, gandhianamente,

aposta na existência de um bem comum, que é o bem da humanidade em si mesmo. Paradoxalmente, amigo da humanidade é quem compartilha o sentido de humanidade e dela se sente parte, assumindo, também, a existência do inimigo; não o demoniza, nem o descarta, jogando-o em “outro” mundo, mas assume inteiramente o seu problema. A rivalidade reside, portanto, em nós mesmos, dentro da própria humanidade; assim, o amigo da humanidade não é simplesmente o oposto do inimigo, mas é algo diverso que, graças à sua diversidade, é capaz de superar o caráter paranoico da oposição (RESTA, 2004, p. 50).

Nota-se que o Direito tradicionalmente construído – forma estatal de pertenças fechadas, com um sistema que inclui cidadãos excluindo outros –, já não consegue responder adequadamente aos desafios impostos pela atualidade, sendo necessária uma nova forma de pensar e fazer o Direito. Deve haver uma superação da individualidade moderna na sociedade contemporânea, isto é, deve-se construir uma sociedade de interesses e responsabilidades em relação aos direitos iguais de sermos humanos e tutelar os mesmos.

Portanto, a ruptura da cultura do inimigo, exige que se reconheça o outro (e suas diferenças) como a si mesmo, pressuposto este da condição humana; nesse ínterim, a fraternidade pode ser utilizada como meio de possibilitar o reconhecimento do outro e de sua alteridade, constituindo assim, o Direito Fraternal, como uma nova forma de promoção dos direitos humanos, valorizando a relação como iguais, mas respeitando suas diferenças, sendo assim um direito inclusivo, pois considera as pessoas apenas pelo fato de serem humanos (GIMENEZ; PIAIA, 2017).

Ainda, observa Baratta, que um novo direito deve retomar antigos pressupostos, conforme expõe:

[...] Perché solo un grande sforzo teorico e pratico di tutti, giuristi e non, si può giungere alla costruzione di un novo sapere collettivo, del diritto e sul diritto adeguato alla situazione umana del nostro tempo. [...] Nuovi rischi, come quelli ricollegabili alle immissioni nella atmosfera ou nelle acque, alla ingegneria genetica, alla energia nucleare, allo sfruttamento delle risorse

naturali, al trattamento delle scorie e dei rifiuti, al traffico, all'uso dei mezzi di comunicazione e di elaborazione dei dati, fanno parte oramai dei connotati strutturali della situazione umana e dell'ecosistema. Essi sono anche Il luogo speciale in cui, nell'incontro tra la (riga illegibile), può emergere uma nova forma di pensare e di fare il diritto⁸ (BARATTA, 2006, p. 64, 65, apud, VIAL, 2006, p. 124).

O Direito Fraterno busca resgatar um certo iluminismo, centrado na fraternidade. Esta nova proposta, na verdade, aponta para uma nova “luz”, uma nova possibilidade de integração entre os povos e nações, integração esta fundada no cosmopolitismo, onde as necessidades vitais são suprimidas pelo pacto jurado conjuntamente (STURZA; ROCHA, [s.d.]).

Na sociedade contemporânea, o Direito Fraterno que é fundamentada na elaboração de um novo saber coletivo, do Direito e para o Direito e adequado à realidade humana, possibilita novas perspectivas para esta sociedade, dispondo da fraternidade como princípio constituinte das relações sociais, em defesa do reconhecimento do outro, das suas diferenças, de seus direitos, assim sendo da humanidade como lugar comum e minimizando os riscos, assim, podemos afirmar que o Direito Fraterno é a nova proposta para a sociedade contemporânea. Destarte, uma sociedade que torna-se fraterna, aposta na própria humanidade, no bem comum, uma vez que supera a individualidade e adota a lógica do humano de “estar com o outro e não contra o outro”.

⁸ “Porque somente com um grande esforço teórico e prático de todos, juristas e não, se poderá alcançar a construção de um novo saber coletivo, do direito e sobre o direito adequado a situação humana do nosso tempo [...] Novos riscos, como aqueles vinculados as emissões na atmosfera ou na água, na engenharia genética, na engenharia nuclear, no mau uso dos recursos naturais, no tratamento dos resíduos industriais e do lixo, no tráfico, no uso dos meios de comunicação e de elaboração de dados, fazem parte atualmente das conotações estruturais da situação humana e do ecossistema. Esses são também o lugar especial no qual, o encontro entre a (linha ilegível), pode emergir uma nova forma de pensar e de fazer o direito.” [Tradução Livre]

Considerações Finais

O presente estudo dedicou-se à apresentação do Direito Fraterno na sociedade contemporânea, a qual enfrenta muitos desafios para o reconhecimento das diferenças diante das evoluções do mundo globalizado, o Direito Fraterno ora exposto aponta para novas e positivas mudanças para a modernidade.

Nesse contexto, no primeiro tópico, explanou-se acerca da sociedade contemporânea – multicultural, a qual é fruto da globalização, onde é evidenciado a necessidade de respeitar e reconhecer as diferenças, como também os desafios que a sociedade está exposta.

Nessa conjuntura é apresentado o Direito Fraterno como nova perspectiva na construção de uma proposta para a resolução dos problemas que surgem com a sociedade contemporânea multicultural -com o não reconhecimento das diversidades que esta sociedade impõe ocasionando assim os conflitos-; em razão de que o Direito Fraterno tem caráter inclusivo, não violento, pauta-se no acesso universalmente compartilhado, no qual todos seres humanos usufruem de igual condição, reduzindo assim, os riscos da sociedade de risco.

Em uma sociedade que se torna cada vez mais complexa e que com os processos de globalização e evolução, aumenta-se a multiculturalidade, razão pela qual são necessárias políticas democráticas que garantam e potencializam os Direitos Humanos a nível universal, respeitando e reconhecendo as diferenças, pois este é o grande desafio da sociedade contemporânea.

Em vista disso, o Direito fraterno, enquanto reconhecimento do outro, alicerçado na fraternidade, supera as ambivalências emotivas, opta pelo caminho do universalismo, recebendo e incluindo o outro, sendo amigo da humanidade, superando a individualidade moderna presente na sociedade de risco e construindo uma sociedade de interesses e responsabilidades para com o outro, com direitos iguais para todos os de seres humanos.

Uma vez que o Direito Fraternal busca resgatar um certo iluminismo, centrado na fraternidade. Esta nova proposta, na verdade, aponta para uma nova “luz”, uma nova possibilidade de integração entre os povos e nações. Destarte, uma sociedade que torna-se fraterna, aposta na própria humanidade, no bem comum, uma vez que supera a individualidade e adota a lógica do humano de “estar com o outro e não contra o outro”.

Referências

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34 Ltda, 2011.

BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Diálogo e Entendimento**: direito e multiculturalismo e políticas de cidadania e resoluções de conflito. Campinas: Millenium, 2012.

BERTASO, João Martins; HAMEL Márcio. **Ensaio sobre Reconhecimento e Tolerância**. Santo Ângelo: Furi, 2016.

CASTEL, Robert. La Inseguridad Social: ¿Qué es estar protegido?. 1ª ed. 5ª reimp. Buenos Aires: Manantial, 2013.

COLET, Charlise Paula. A valorização do ser humano a partir das matrizes teóricas do direito fraternal e da justiça restaurativa: o tratamento de conflitos como forma de exercício da cidadania. **Revista Direito e Justiça**: reflexões sociojurídicas, URI, Santo Ângelo, v. 9, n. 12, p. 49-70, mar. 2009. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Justica-Restaurativa-Como-Forma-de-Exercicio-da-Cidadania.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in) diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; MACHADO, Marsal Cordeiro. **O estrangeiro na contemporaneidade**: o reconhecimento do outro sob a ótica do Direito Fraternal. No prelo.

DUMONT, Lígia Maria Moreira; GATTONI, Roberto Luís Capuruço. As relações informacionais na sociedade reflexiva de Giddens. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 32, n. 3, p. 46-53, dez. 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652003000300006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 07 nov. 2017.

GIMENEZ, Charlise P. Colet; PIAIA, Thami Covatti. O tratamento dos conflitos da pós-modernidade pelo Direito Fraterno: crises, migrações e insurgências. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, UNIVALI, Itajaí, v. 22, n. 1, p. 75-98, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/10633>>. Acesso em 24 set.2017.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. Por que Reformar as Instituições?. **Revista Desenvolvimento em Questão**. Editora Unijuí, ano 1, n. 1, p. 193-216, jan./jun. 2003

LUCAS, Douglas César. Multiculturalismo e o debate entre liberais e comunitaristas: em defesa da interculturalidade dos direitos humanos. Sequência: **Estudos Jurídicos e Políticos**, UFSC, Florianópolis, v.30, n. 58, p. 101-130, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14877>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____, Douglas Cesar. *Direito Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. 2. Ed. ver. e ampl. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

_____, Douglas Cesar; OBERTO, Leonice Cadore. Redistribuição versus reconhecimento: apontamentos sobre o debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, UNISINOS, São Leopoldo, v. 2, n. 1, p. 31-39, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4773>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____, Douglas Cesar; SCHNEIDER, Bruna Dallepiane. Multiculturalismo: identidades em busca de reconhecimento. **Revista Direito em Debate**, UNIJUI, Ijuí, v. 18, n. 31, 2013. Disponível em: <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/640>>. Acesso em: 20 set. 2017.

MCLAREN, Peter. **Multiculturalismo Crítico**. São Paulo: Editora Cortez, 1997.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Trad. e Coord. de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SILVA, Tomaz Tadeu da (Org). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos Estudos Culturais. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion; GIMENEZ, Charlise P. Colet. O necessário reconhecimento das formas de tratamento de conflitos como política pública no Brasil. **Revista Direito e Justiça**: reflexões sociojurídicas, URI, Santo Ângelo, v. 13, n. 21, p. 183-200, nov. 2013. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/1242/565>. Acesso em: 16 set. 2017.

STURZA, Janaina Machado; ROCHA, Claudine Rodembusch. **Direito e Fraternidade**: paradigmas para a construção de uma nova sociedade. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=601c6bc71c748001>>. Acesso em: 16 set. 2017.

VIAL, Sandra Regina Martini. **Direito fraterno na sociedade cosmopolita**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006 Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18207/Direito_Fraterno_na_Sociedade_Cosmopolita.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Por que a guerra?: de Einstein e Freud à atualidade**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

Os desafios enfrentados pelos estrangeiros em *Terrae Brasilis* e o direito fraterno

*Marsal Cordeiro Machado*¹
*Floribal de Souza Del’Olmo*²

Considerações Iniciais

O estudo sobre a crise migratória é tema aberto, sempre a desafiar novos olhares investigativos, até por ser um tema que sofre

¹ Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo/RS. Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo/RS. Servidor do Ministério Público Federal. E-mail: marsal_cordeiro@hotmail.com.

² Pós-doutor em Direito pela UFSC (2008), Doutor em Direito pela UFRGS (2004), Mestre em Direito pela UFSC (1999), Especialista em Direito pelo Instituto Superior de Ensino de Santo Ângelo (1996) e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo (1987). Especialista em Educação pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (1986). Graduado em Odontologia pela UFRGS(1966). Atualmente é Professor titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado e da Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo e professor convidado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade, criado em 2002.Coordenador do Projeto de Pesquisa Direito Internacional do Trabalho e o resgate da dignidade e da cidadania. Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, da Associação Americana de Direito Internacional Privado - ASADIP, da European Community Studies Association ? ECSA, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, da Academia Brasileira de Direito Internacional. Parecerista de periódicos jurídicos. Trabalha com Direito Internacional Privado e com Direito Internacional Público, áreas nas quais tem obras didáticas, com várias reedições, pela Editora Forense. Tem experiência, entre outros, nos seguintes temas: Extradicação, Nacionalidade, América Latina, Mercosul, União Europeia e Direitos Humanos. Palestrante e debatedor em Universidades brasileiras e estrangeiras. Registrado como avaliador no Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI

rearranjos constantes, instigado por articulações e conflitos intermináveis, que sempre se reveste de grande atualidade e que tem crescido no limiar do terceiro milênio. A realidade de cada Estado-Nação, ainda que inspirada em doutrinas similares, nunca será coincidente, visto que as peculiaridades da “terra”, sua história, seu evoluir, sua cultura, aliado às singularidades internas, especialmente como a brasileira, impõe a diversidade de fórmulas.

Nessa toada, a luta da minoria estrangeira para buscar o reconhecimento pela sociedade hegemônica (nacionais) proporciona diversos rumos a serem seguidos, havendo múltiplas formas de abordagens ao fenômeno.

O ponto de partida da presente travessia, que tem como foco o fomento do Direito Fraterno na(s) relação(ões) entre nacional e estrangeiro, é a contextualização sobre o histórico antecedente de fluxos migratórios cujo destino foi o Brasil.

Não se busca no presente estudo uma análise exaustiva do testemunho histórico, o que, pelo pouco espaço, aliado à densidade do assunto, seria inalcançável. A proposta é tão somente situar o leitor acerca da temática que ocupou, em largos períodos da história, a agenda das discussões sobre o tema da migração e os direitos estendidos aos estrangeiros que aqui desembarcaram, vezes visando o povoamento do Estado mediante a migração forçada, vezes visando uma condição mínima para viver com dignidade.

Em seguida, após situar os estrangeiros em *terrae brasiliis*, se analisa à condição do estrangeiro no Brasil, encaixada no tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988, legislação infraconstitucional, sobretudo a Nova Lei de Migrações, e pelos Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil acerca dos direitos estendidos aos estrangeiros.

Pondera-se que o conjunto de normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais que estabelecem os critérios e garantem, teoricamente, direito do estrangeiro a “ter direito”, quando transpassadas da ficção jurídica para a realidade vivida diariamente e examinadas no caldo de acontecimentos político-

sociais e, também, pelas peculiaridades culturais próprias dos estrangeiros, acabam gerando, não raramente, o efeito contrário, fomentando o processo de exclusão social do grupo (minoritário) estrangeiro que está em solo brasileiro.

Por fim, se analisa o (novo) paradigma do Direito Fraternal, o qual estabelece que, conquanto existam todos esses percalços, a alteridade, a amizade e o reconhecimento do diferente são meios que auxiliam e facilitam a integração entre nacionais e estrangeiros. Assim, é nesta perspectiva que se lança o presente artigo, na busca de fomentar a capacidade de conviver harmoniosamente com o diferente, de olhar as diferenças e encontrar meios de inseri-las no grande projeto de possibilitar meios de garantir a todos um mínimo de dignidade.

1 O Recebimento de Estrangeiro no Transcurso do Tempo no Brasil

O Estado brasileiro tem como principal característica a miscigenação de sua população, desde o domínio hegemônico exercido pela cultura europeia em face dos indígenas, durante o processo de colonização, até os impactantes fluxos migratórios recebidos durante o império e, notadamente, na era republicana. Assim, o testemunho histórico ensina que

durante mais de quatro séculos o território nacional recebeu aproximadamente quatro milhões de europeus e asiáticos – muitos deles impulsionados pelo excesso populacional e pela falta de oportunidades nos locais de origem, e ainda, pelo incentivo direto e indireto do Novo Mundo, como o custeio da viagem e a notícia de oportunidade de trabalho, concessão de terras e de ascensão social (MORAES, 2016, p. 52).

O processo histórico de entrada de pessoas para o Brasil inicia-se pelos portugueses no contexto da colonização. A imigração e colonização do Brasil na época do descobrimento, período em que

os habitantes do território eram os índios, foi marcada pela invasão eurocêntrica e pela crença da superioridade do Velho Mundo. A propagada superioridade europeia de avanço e modernização de um único caminho para o desenvolvimento, maquiou tanto a invasão e a tomada de territórios, quanto a subjugação dos nativos.

Os conquistadores europeus, primeiros habitantes que adentraram no País, ao tomarem posse da terra, estabeleceram um tipo de colonização baseada na economia extrativista³, o que diante da resistência dos povos originários, aliado a falta de população europeia, não teve sucesso, razão pela qual foi estimulado o tráfico de escravos provenientes do continente Africano, onde o “contingente imigratório era duplamente forçado; primeiro, não havia uma “escolha” da parte dos emigrantes e, segundo, as regiões africanas de onde se originaram os escravos não se caracterizavam por problemas de excesso de população” (LEVY, 1974, p. 50).

Citando Afonso Taunay, Zamberlam (2004, p. 44), sobre as imigrações forçadas dos africanos, estimulou a entrada de 3.600.000 negros para o território brasileiro, assim distribuídos: século XVI, 100.000; século XVII, 600.000; século XVIII, 1.300.000; século XIX, 1.600.000, os quais eram negociados em troca de aguardentes, rolos de fumo, tecidos, facões, entre outras quinquilharias.

O(s) deslocamento(s) direcionado(s) ao Brasil, à época, ocorria(m) mediante navios negreiros, onde o tráfico de escravos caracterizou-se como um processo de extrema violência contra a mobilidade urbana. Esse acontecimento, oportuno lembrar, talhou a escravocracia, movimento que deixou profundas cicatrizes no envolver cultural brasileiro.

Com a chegada, na primeira década do século XIX, da família real portuguesa ao Brasil, os portos foram abertos ao comércio internacional e foi promulgado o decreto que “assegurava aos

³ A forma como ocorreu a exploração e, conseqüentemente, a colonização das Américas, contribuiu fortemente para a permanência e a difusão da cultura europeia e a sua hegemonia imposta aos indígenas tanto pelas Cortes quanto pela Igreja, seja pelo uso das armas, ameaçando e fazendo guerras, seja por meio da conversão religiosa e da pressão pelo abandono dos costumes (VERONESE, *et al*, 2016, p...)

estrangeiros o direito à propriedade territorial, oportunizando a vinda de contingentes populacionais excedentes do continente europeu” (MORAES, 2016, p. 54), se iniciando – pouco antes da Independência do Brasil – a “habitação e exploração de novas áreas do território nacional” (MORAES, 2016, p. 54), demonstrando que as migrações internacionais tiveram, no início, apoio dos países de origem e dos países do Novo Mundo, que impulsionaram a criação de Companhias de Colonização para facilitar o deslocamento de estrangeiros.

De acordo com Seyferth (1990), à época, a questão migratória estava subordinada à questão da colonização, inclusive na Primeira República e no Estado Novo. O colono representava o imigrante ideal, embora não houvesse impedimento real para imigrantes de inserção urbana.

No período Brasil Império as colônias foram incentivadas e objeto de política imigratória, iniciando-se uma colonização subvencionada e dirigida à região sul do País. A primeira Constituição, no artigo 6º, alíneas IV e V, concedeu nacionalização aos nascidos em Portugal e residentes no Brasil, bem como naturalização dos estrangeiros, qualquer que fosse a sua religião.

No mesmo sentido, uma semana após a promulgação, por D. Pedro I, da Constituição Imperial (25 de março de 1824), editou-se, em 31 de março de 1824, a Decisão nº 80, a qual ordenava a demarcação das terras da colônia de São Leopoldo (atualmente Município pertencente ao Estado do Rio Grande do Sul) e já indicava a preocupação do Brasil na ocupação de territórios por imigrantes-trabalhadores-europeus (WALDMAN, 2012).

Exemplo bem-sucedido de colonização por imigrantes, conforme anuncia Moraes (2016, 56-57), foi o “da colônia D. Francisca, hoje Cidade de Joinville, em Santa Catarina, fundada em 1851 pela Sociedade Colonizadora de Hamburgo, nas terras que pertenciam à Princesa Dona Francisca, casada com o Príncipe de Joinville”.

A partir disso, é possível notar que a edificação do País esteve interligada à imigração como uma questão de Estado. O projeto de colonização agrícola objetivava implantar um modelo inaugural de produção, de defesa e povoamento da terra, o que atraiu inúmeros estrangeiros de grande parte da Europa para prosperar em território brasileiro.

Outro fator que impulsionou à imigração no período foi a abolição da escravidão, em 1888, a qual trouxe consigo desconhecidos desafios, sobretudo pela conjugação de dois fatores: expansão da produção cafeeira e ausência de mão de obra, que, somados, incentivou a abertura do Brasil para os estrangeiros, em substituição ao trabalho escravo. Nas palavras de Moraes (2016, p. 57):

A mão de obra imigrante era, portanto, a solução para a carência de braços no campo. Motivo pela qual a política migratória passou a abranger também a alocação de estrangeiros nas fazendas de café, e não somente a povoação e a agricultura familiar em pequenas propriedades de terra.

No período, ocorreu uma modificação nos fluxos migratórios que tinham como destino o Brasil, onde a imigração forçada não mais se sustentava, uma vez que a escravidão foi, de acordo com Moraes (2016, p. 56):

uma extrema violência contra a mobilidade humana, e se vale do aparelho repressivo, inclusive estatal, para impedir o êxodo da força de trabalho, que tende a buscar a liberdade, melhores condições de vida e romper condições desumanas de trabalho e de disciplina a que estão submetidas.

Assim, impulsionados pela necessidade de alocar estrangeiros nas fazendas de café, que contribuiu significativamente para o célere desenvolvimento da economia, começaram a se formar grandes e diversificados fluxos migratórios dos países da Europa, pois

a imigração de europeus para o Brasil era objeto de intensa propaganda no Velho Continente e de custeio de passagens, ou

mesmo de concessão de lotes de terras, dando origem à categoria dos imigrantes subsidiados, que passaram a figurar ao lado dos espontâneos e mesmo dos indesejáveis, que vinham ao Brasil sem incentivo da política migratória vigente (MORAES, 2016, p. 58).

O projeto era, dessa forma, o de colonização agrícola com objetivos de defesa e de povoamento da terra, com base na pequena propriedade policultura, que atraiu alemães, italianos e outros estrangeiros para o Sul do País e para o Oeste Paulista fornecendo mão de obra à cafeicultura, bem como nas questões de infraestrutura urbana e na construção de caminhos e estradas (PATARRA, 2012, p. 8), que potencializou a possibilidade de prosperar em *terrae brasilis*.

Além do estímulo à imigração pelos fatores econômicos, o Estado brasileiro visava o branqueamento da raça, ocorrendo, desse modo, a preferência por imigrantes brancos de origem europeia. Segundo Moraes (2016, p. 59-60):

Tal intento tinha como base um argumento racista que supunha a superioridade dos brancos e a inferioridade de outras raças, especialmente a negra, e buscava sua legitimidade científica nas teorias raciais em voga na Europa e nos Estados Unidos, dentre elas: (a) a escola *etnológico-biológica*, com menos influência no Brasil, que defendia a existência de diferentes raças humanas (poligenia), e que a inferioridade dos negros e índios podia ser correlacionada com as diferenças físicas em relação aos brancos, (b) a escola *histórica*, representada Conde de Gobineau, e que partia da suposição de que raças humanas podiam ser diferenciadas uma das outras, e que eram fator determinante na história humana, bem como cultivava o arianismo, (c) o *darwinismo social*, que abandonava o poligenismo ao defender que o processo evolutivo começava com uma única espécie.

Outro fator importante que impulsionou a vinda de imigrantes europeus – uma consequência das anteriores, estando, pois, intrinsecamente relacionada a elas – é, de acordo com Moraes (2016, p. 63), a “rejeição ao escravo liberto por não ser apenas um

inimigo doméstico, mas um inimigo público, impossibilitado de participar da soberania nacional e do poder estatal”.

Isso porque, embora libertos, os escravos não gozavam de cidadania plena. Nesse sentido, a elite imperial desempenhava-se em manter sua identidade enquanto uma classe senhorial, sendo necessária a manutenção de uma ordem e difusão de uma civilização que era justamente espelhada nas nações do ocidente industrializado, notadamente europeu, e nos seus ideais de progresso e no primado da razão (MORAES, 2016, p. 64).

Assim, a conjugação desses fatores impulsionou o movimento migratório europeu para o Brasil entre o final do século XIX e início do século XX. Nesse sentido, analisando o fluxo da imigração na evolução da população brasileira, Maria Stella Ferreira Levy (1974, p. 54) aponta que no período ocorreu a “grande imigração”, a qual coincidiu com a abolição da escravatura e a concretização do regime republicano.

Segundo Levy (1974, p. 54), entre 1877 e 1903, entraram no Brasil 1.927.992 pessoas, o que perfaz uma média anual de 71.000. No ponto, para facilitar o acompanhamento, a estudiosa divide o período em fases: a primeira, que se estende até 1886; a segunda deste ano até 1903; a terceira, entre 1904 até 1930, quando, no contexto internacional, o mundo já presenciava as tensões da Primeira Guerra Mundial e a Crise de 1929 – Grande Depressão.

Assim, até 1876 eram os portugueses que constituíam o maior contingente de estrangeiros, enquanto que em 1877 o número de italianos dobra em relação ao anterior.

Na segunda fase desse período, entram 1.654.830 imigrantes, e a média anual é mais elevada, ou seja, 97.000 imigrantes, sendo, destarte, no decorrer dessa fase que aparecem pontos máximos de imigração, sobretudo nos anos de 1891, 1895, 1896, 1897, 1888 e 1890. Contudo, em 1902 a Itália proibiu, mediante Decreto, a emigração de seus nacionais ao Brasil ao tomar conhecimento das condições precárias que os mesmos se encontravam (LEVY, 1974, p. 54).

No terceiro período, 1904 a 1930, entraram no Brasil 2.142,781 imigrantes. Contudo, a autora ressalva que cabe aqui analisar duas fases distintas: uma que vai até 1914, início da primeira grande guerra, e a segunda a partir de 1919, logo após o término do conflito, onde o número de entradas ficou bastante reduzido (LEVY, 1974, p. 54), já que a maioria dos países aumentou gradativamente as restrições ao livre fluxo de pessoas anteriormente existente. Primeiro por parte dos Estados de imigração e depois também por parte dos de emigração, onde alguns chegaram à proibição integral e outros à permissão só para determinados grupos populacionais, tornando-se, portanto, difíceis tanto os vistos para entrada quanto as permissões de saída (MORAES, 2016, p. 70).

Diante desse quadro, o Brasil passou a fomentar uma política migratória restritiva, e não mais de atração, uma vez que, para tal política, “era imperiosa, além da expulsão do estrangeiro indesejável, o maior controle do fluxo migratório, bem como a assimilação da massa de estrangeiros já residentes” (MORAES, 2016, p. 80).

Assim sendo, na década de 30 são publicadas as primeiras medidas no que diz respeito a imigrantes internacionais, a exemplo da “lei de nacionalização do trabalho”, publicada em 1931, que determinou que as indústrias contratassem – de forma proporcional – para dois terços de empregados nacionais, apenas um terço de estrangeiros⁴, sendo, pois, um de seus objetivos restringir a iniciativa estrangeira na esfera econômica e política.

À época, o projeto político do Estado brasileiro, guiado por Getúlio Vargas, previa, através de um forte aparato policial, exercer

⁴ Trata-se do Decreto-lei 19.482, de 12 de dezembro de 1931, o qual limita a entrada, no território nacional, de passageiros estrangeiros de terceira classe, dispõe sobre a localização e amparo de trabalhadores nacionais, e dá outras providências. Nos termos do artigo 3º: Todos os indivíduos, empresas, associações, companhias e firmas comerciais, que explorem, ou não, concessões do Governo federal ou dos Governos estaduais e municipais, ou que, com esses Governos contratem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras, ficam obrigadas a demonstrar perante o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro do prazo de noventa dias, contados da data da publicação do presente decreto, que ocupam, entre os seus empregados, de todas as categorias, dois terços, pelo menos, de brasileiros natos.

o controle social da população e disciplinar⁵ o dia a dia dos trabalhadores. Na mesma linha, foi bastante rigoroso em restringir à entrada de estrangeiros, bem como fomentar políticas de nacionalização que afetaram substancialmente as populações de nacionalidades diferentes da brasileira, sendo, não raras vezes, rotuladas como indesejáveis.

No ponto, uma das medidas que espelhou a política migratória nacional se deu com a aprovação da emenda que popularmente ficou conhecida, no período, como “lei de cotas”, eis que antes mesmo do Estado Novo, a Constituição Federal de 1934, no parágrafo 6º do artigo 121, ordenava que limitações deveriam ser realizadas para frear a entrada de imigrantes com a finalidade de garantir a “integração étnica e capacidade física e civil do imigrante”. Tais restrições estipulavam que não poderia “a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos”. Além disso, no parágrafo subsequente foi determinado a proibição de existir “concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena”. Segundo Moraes (2016, p. 85), tal medida “tratou-se da definitiva consolidação legislativa da eugenia aliada ao nacionalismo que já eram postulados imprescindíveis à política imigratória desde o início da década de 30 do século XX”.

No mesmo sentido, o Decreto nº 24.215, de 9 de maio de 1934, dispôs sobre a entrada de estrangeiros em território brasileiro:

Art. 1º A entrada de estrangeiros no Brasil regular-se-á pelas disposições da presente lei. Art. 2º Não será permitida a entrada de estrangeiro imigrante, sem distinção de sexo, estando em alguma das condições seguintes: I - Aleijado ou mutilado, salvo si tiver íntegra a capacidade geral de trabalho, admitida, porém, uma redução desta até vinte por cento, tomando-se por base o grau

⁵ Trata-se da sociedade disciplinar foucaultiana (FOUCAULT, 1988).

médio da tabela de incapacidade para indenização de acidentes no trabalho, verificada nos moldes dos dispositivos legais sobre o assunto; II - Cego ou surdo-mudo; III - Atacado de afecção mental, nevrose ou enfermidade nervosa; IV - Portador de enfermidade incurável ou contagiosa grave, como lepra, tuberculose, tracoma, infecções venéreas e outras referidas nos regulamentos de saúde pública; V - Toxicômano; VI - Que apresente lesão orgânica com insuficiência funcional, verificada conforme preceitua a legislação em vigor; VII - Menor de 18 anos e maior de 60; VIII - Cigano ou nômade; IX - Que não prove o exercício de profissão lícita ou a posse de bens suficientes para se manter e às pessoas que o acompanhem na sua dependência, feitas tais provas segundo os preceitos do regulamento que será expedido para melhor execução da presente lei; X - Analfabeto; XI - Que se entregue á prostituição, ou a explore, ou tenha costumes manifestamente imorais; XII - De conduta manifestamente nociva à ordem pública ou á segurança nacional; XIII - Já anteriormente expulso do Brasil, salvo si o ato de expulsão tiver sido revogado; XIV - Condenado em outro país por crime de natureza que determine a sua extradição segundo a lei brasileira.

Com o advento do Estado Novo, um dos principais temas debatidos foi a entrada, permanência e expulsão de estrangeiros. O regime de “cotas” foi conservado na Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937), visto que manteve a taxa anual de 2% sobre o efetivo total dos imigrantes de um dado país⁶. Conhecida como “Polaca”, tal Constituição inspirou-se no regime fascista polonês, tendo sido outorgada para fortalecer o poder pessoal do Presidente Getúlio Vargas, bem como para conter o estado de emergência e o medo criado pela infiltração comunista. Em razão disso, diversas restrições sobrevieram, principalmente com objetivos antisemitas, destacando-se a Circular 1.127, de 1937, que configurava a adoção de uma política imigratória restritiva a judeus e a Circular 1.323, de

⁶ Art. 151 - A entrada, distribuição e fixação de imigrantes no território nacional estará sujeita às exigências e condições que a lei determinar, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.

1939, que proibia a concessão de vistos temporários a estrangeiros de origem semita (MORAES, 2016, p. 86).

Posteriormente, o Decreto-lei 406, 4 de maio de 1968, conhecido como “Lei de Imigração”, passou a regulamentar a entrada de estrangeiros no território nacional, representando uma política migratória voltada à seleção de “boas correntes migratórias”, onde, publicamente, estava vedada a entrada de estrangeiros tidos

como aleijados e mutilados, inválidos, cegos, surdos-mudos, indigentes, vagabundos, ciganos e congêneres, os que apresentassem afecção nervosa ou mental, doentes de moléstias infectocontagiosas ou lesões orgânicas com insuficiência funcional (art. 1º, I a VII), relacionando a política migratória à sanitária e higienista (MORAES, 2016, p. 87).

A ocorrência da II Guerra Mundial (1939-1945) contribuiu para a diminuição do número de entrada de estrangeiros no Brasil, eis que medidas restritivas mais impactantes foram tomadas, e soluções de cunho repressivo começaram a ser reforçadas pelo Estado, como a restrição à liberdade de locomoção através das normas estipuladas pela polícia (MORAES, 2016, p. 89).

De sorte, a Constituição de 1946 ameniza certos itens da legislação por cotas, e a imigração ressurgiu, mas não em níveis tão altos como no passado, especialmente devido à situação do continente europeu no pós-guerra. Conforme Moraes (2016, p. 94)

Tal reabertura foi regulamentada pelo Decreto-lei 7.967, de 18 de setembro de 1945, cuja vigência perdurou até o advento do Decreto-lei 7.941, de 13 de outubro de 1969, que passou a definir a situação jurídica do estrangeiro. Apesar de autorizar a entrada de estrangeiros, manteve o sistema de cotas, bem como as diretrizes de proteção ao trabalhador nacional, de branqueamento da população e de rejeição dos indesejáveis.

Desse modo, a política migratória brasileira do pós-guerra se caracterizou como sendo uma retórica nacionalista eivada de

estigmas e preconceitos, podendo ser considerado um país fechado à imigração. Assim,

se por séculos o Brasil foi tido como um “país de imigração” o qual fomentava e implementava políticas de atração de determinados imigrantes para o Brasil, a partir da primeira metade do século XX, tais políticas passam, em sentido adverso, a controlar de maneira rígida a entrada de imigrantes no país (WALDMAN, 2012, p. 30).

Exemplo disso, era a anacrônica e ultrapassada legislação até então vigente no país, isto é, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80) e a Lei n. 818/49 (que tratava da aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade brasileira). O Estatuto⁷, vale lembrar, era insuficiente para reger as complexas questões suscitadas pela potencialização dos fluxos migratórios nos últimos tempos e o consequente aumento de imigrantes que passaram a viver em território brasileiro, uma vez que fora elaborado no período do Regime Ditatorial, onde se estabelecia uma situação restritiva, quíça, ofensiva dos direitos dos estrangeiros, nas quais a imagem do imigrante era a de uma ameaça à “estabilidade e à coesão social” do país, o que não mais era compatível com a realidade atual, em que o primado é a proteção universal dos direitos humanos.

Contrariando o seu histórico, o Brasil, a partir da década de 1980, inaugura uma nova fase no que respeita aos deslocamentos de sua população, período em que fica nítido que um crescente número de brasileiros passa a residir no exterior. De país receptor de

⁷ Recentemente – sancionada em maio de 2017 e com entrada em vigor em novembro do mesmo ano – o Brasil passou a contar com uma nova legislação sobre a temática. Trata-se da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que, nos termos do artigo inaugural, dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. O novo catálogo jurídico, embora recebe algumas críticas, representa um grande avanço no trato da questão migratória no Brasil e reascende a chama da esperança para os coletivos migrantes que já se encontram por aqui, para aqueles que estão por vir e para os brasileiros que emigraram para o exterior. A lei garante ao migrante, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Institui, também, o visto temporário para acolhida humanitária, a ser concedido ao apátrida ou ao nacional de país que, entre outras possibilidades, se encontre em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos (BRASIL, 2017).

imigrantes, o Brasil passa a ser um imenso expulsor da população (PATARRA, 2012).

Entre o final do século XX e o limiar do século XXI, a situação se modifica novamente, onde o Brasil, ao tempo em que é um país de emigrantes, volta a ser um país de imigrantes, já que recebe um expressivo número de estrangeiros, dos mais variados Estados.

Na perspectiva imigratória – objeto de estudo do presente artigo –, o Brasil, por ser considerada uma economia emergente, passou novamente a recepcionar inúmeros estrangeiros. Segundo relatório⁸ divulgado pelo ACNUR em 2017, no Brasil, de acordo com os dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 2016 houve aumento de 12% no número total de refugiados.

Até o final de 2016, o Brasil reconheceu um total de 9.552 refugiados de 82 nacionalidades. Desses, 8.522 foram reconhecidos por vias tradicionais de elegibilidade, 713 chegaram ao Brasil por meio de reassentamento e a 317 foram estendidos os efeitos da condição de refugiado de algum familiar.

Nesse sentido, observa-se, especialmente pelos serviços de comunicação⁹, uma crescente no número de venezuelanos ingressados no Brasil pela fronteira entre os Municípios de Pacaraima/Roraima e Santa Helena/Venezuela, destacando que parte deste grupo é composto por indígenas da etnia *Warao* em condição de vulnerabilidade. Segundo a avaliação de agências da Organização das Nações Unidas (ONU) que acompanham fluxos migratórios, o observado no Brasil é um fluxo migratório misto. Isso porque, em larga medida, as razões motivadoras para o deslocamento dos venezuelanos são de ordem econômica e social.

⁸ O relatório completo pode ser acessado no endereço eletrônico oficial da Agência Nacional da ONU para refugiados. In: <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/> Acesso em: 02 dez de 2017.

⁹ <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/fugindo-da-crise-na-venezuela-imigrantes-tentam-emprego-em-rr-e-pedidos-de-carteira-de-trabalho-disparam.ghtml> Acesso em: 02 dez 2017.
<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/com-5787-pedidos-de-refugio-em-6-meses-numero-de-entrada-de-venezuelanos-mais-do-que-dobra-em-roraima.ghtml> Acesso em: 02 dez 2017;

Com efeito, embora o apontamento específico da ONU em relação aos venezuelanos, as causas que levam ao fenômeno migratório são ainda mais variadas, podendo acontecer para buscar uma qualificação acadêmica e profissional, em razão das relações familiares, tragédias naturais, perseguições religiosas e políticas e, também, devido ao desrespeito aos direitos humanos e fundamentais dos países de origem, são alguns dos fatores motivadores que influenciam pessoas a se deslocarem de seu país originário, onde são nacionais, para buscarem uma vida diferente no Estado que as recebem, no caso, o Brasil. O processo migratório, nesse contexto, é uma característica intrínseca do ser humano, que tem a necessidade de movimentar-se constantemente, deslocando-se no espaço (MAZZUOLI, 2011, p. 709).

2 O (In)Suficiente(?) Regramento e o Estrangeiro

Com o registro do aumento dos fluxos migratórios no último século, que se acentuou sobremaneira a partir de 2010, o Brasil tem se mobilizado e organizado uma série de medidas para garantir a regularização migratória dos estrangeiros, bem como estratégias de apoio aos Estados e Municípios na oferta de políticas públicas para atendimento à população estrangeira, uma vez que

o ser humano, independentemente da nacionalidade, de fixar ou não residência em solo brasileiro, não pode ser tratado como objeto de escolha quando faz jus a titularidade de direitos, sobretudo aqueles considerados essenciais. Um dos grandes avanços da teoria e das declarações “universais” ou regionais de direitos humanos, muitas delas nascidas em razão de tragédias humanitárias, foi exatamente estender a proteção dos Estados signatários a todos os seres humanos, especialmente aos mais vulneráveis (VERONESE; MACHADO, 2017).

Dessa forma, ao receber um estrangeiro, o Brasil, necessariamente, compromete-se a protegê-lo como se nacional

fosse, e a fazê-lo usufruir, ainda que minimamente, de uma condição jurídica respeitadora da dignidade da pessoa humana.

O arcabouço jurídico, tanto nacional quanto internacional, permite tal possibilidade. Na perspectiva nacional, tem-se a (já mencionada) Lei de Migrações guiada pelo respeito às questões humanitárias e pelo compromisso que o Brasil assumiu no plano internacional, visto que seu papel como ator global depende também do modo como se encara tais obrigações. No ponto, a política migratória brasileira, de acordo com o art. 3º da Lei em comento, rege-se pelos seguintes princípios:

I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; III - não criminalização da migração; IV - não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; V - promoção de entrada regular e de regularização documental; VI - acolhida humanitária; VII - desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; VIII - garantia do direito à reunião familiar; IX - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; X - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; XII - promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; XIII - diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante; XIV - fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas; XV - cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante; XVI - integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço; XVII - proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente

migrante; XVIII - observância ao disposto em tratado; XIX - proteção ao brasileiro no exterior; XX - migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas; XXI - promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e XXII - repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas (BRASIL, 2017).

Observa-se, além disso, a Constituição Federal de 1988, que entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do art. 3º, inciso IV, bem como a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, os quais regem as relações internacionais, consoante preceitua o art. 4º, incisos II e IX.

Nesse contexto, o estado de dúvida sobre a condição jurídica e política de determinada pessoa não deve impedir a garantia de seus direitos essenciais, uma vez o princípio da precaução humanitária (*in dubio pro homine*) é uma decorrência necessária do princípio basilar da dignidade da pessoa humana expressamente previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, bem como do direito fundamental à vida, diretriz máxima a ser guiada pela atuação do Estado, nos termos do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Oportuno ressaltar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que ela seja parte, conforme preceitua o §2º do artigo 5º da Constituição de 1988, de modo que não somente as regras enrustidas no ordenamento interno regem a tutela jurídica deste grupo minoritário.

Nessa esteira, no plano internacional, o Brasil, no que se refere aos migrantes/estrangeiros, assumiu diversas obrigações/responsabilidades, como aquelas previstas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela

Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, segundo a qual todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade (artigo I), bem como têm a capacidade para gozar dos direitos fundamentais, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (artigo II).

É, pois, responsabilidade dos Estados, em consonância com a Carta das Nações Unidas, desenvolver e estimular o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas sem distinção de raça, nacionalidade, sexo, idioma ou religião.

Da mesma forma, o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, promulgada pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, o qual estabelece em seu artigo 2º, inciso I, que “*os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeito a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição*”, bem como da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), promulgada, no Brasil, por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, o qual reconhece que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão porque justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante e complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Além disso, as (quatro) convenções de Genebra, de 1949, e seus Protocolos Adicionais, de 1977, os quais se aderem à espinha dorsal do Direito Internacional Humanitário, que tiveram suas convenções e protocolos ratificados pelo Brasil, determinam que as

Altas Partes Contratantes se comprometem a respeitar e a fazer respeitar, em todas as circunstâncias, as regras de direito humanitário, devendo o Estado-Parte, por si, por seus agentes e jurisdicionados velar pela fiel execução de tais normas.

Noutros termos, o imigrante necessariamente precisa ser tratado como um indivíduo capaz de gozar todos os direitos daí decorrentes, visto que “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta” (MAXIMILIANO, 1994).

Dessa forma, a positivação dos direitos humanos, conquanto represente um marco importante na luta pela sua implementação, não assegura sua eficácia e efetividade. Bobbio (1992, p. 24), em *A era dos Direitos* ressaltou que a consolidação de direitos humanos e sua declaração não seriam o bastante, pois além de enunciá-los o grande desafio é efetivá-los, ainda mais no caso dos migrantes, que não raras vezes adentram no território brasileiro de maneira irregular, já que as barreiras edificadas com o intuito de barrar o acesso ao (novo) país de destino acabam, logicamente, dificultando a efetivação do mínimo de direitos.

Para os estrangeiros, na prática, especialmente o acesso aos direitos, se torna dificultoso, já que o seu reconhecimento é por essência discriminatório, visto que se parte do pressuposto de que a presença de grupos minoritários em solo nacional causou um abalo do equilíbrio interno (RICHTER, 2004, p. 29), razão pela qual “um olhar de suspeição lhes é sempre dirigido. Ameaça, risco e medo acompanham a jornada daqueles que precisam encontrar 'lá fora' um lugar para viver sua vida” (LUCAS, 2016, p. 95).

Não bastasse isso, e embora os avanços da Nova Lei de Migrações, o estrangeiro ainda é considerado uma ameaça, o que demonstra que as noções de segurança idealizadas durante o período ditatorial não foram suprimidas.

Basta atentar-se, por exemplo, para a restrição às permanências deste grupo minoritário no país, que, implicitamente,

considera o sujeito migrante como nocivo para a ordem do Estado, bem como para o controle migratório, registro de estrangeiros, identificação civil, emissão de documentos e a retirada compulsória de estrangeiros em casos de deportação e expulsão exercidos pela Polícia Federal.

No ponto, a concentração de poderes na Polícia Federal, além de dificultar a atividade fim do Órgão – já comprometida pelo déficit de servidores e delegados –, é mais um obstáculo e um simbolismo (negativo) para a integração dos estrangeiros que adentram em solo nacional com medo e sob desconfiança dos nacionais.

Nesse sentido, Antoine Garapon – embora discorra sobre o simbolismo e imponência do Poder Judiciário – ensina que:

Etimologicamente, o símbolo designa um objecto dividido em dois, cuja posse de uma das partes permite o reconhecimento. O símbolo mostra: torna sensível aquilo que, por natureza, não o é: um valor moral, um poder, uma comunidade. Objecto amputado, tem a faculdade de representar o conjunto. O símbolo reúne: inclui aqueles que se reconhecem no seu interior e exclui os outros, delimita uma comunidade. Por fim, o símbolo prescreve: as insígnias do poder não se limitam a assinalar a presença da autoridade, exigem respeito por si mesmas. Por conseguinte, no símbolo, forma, força e significado estão intimamente ligados. A acção do símbolo não é de ordem racional e semântica, como é a do discurso. O símbolo pertence ao registro do reconhecimento e da associação. O símbolo mostra, mas não se demonstra; assimila, mas não se deduz.

O símbolo não se inclina para a razão; é antes da ordem da experiência. Não produz um sentido que nos seja compreensível, age em nós (1997, p. 42).

Assim, para modificar a moldura desenhada para tal quadro, o fluxo migratório necessita – notadamente o primeiro contato – ser realizado por agentes civis treinados e capacitados para tratar os migrantes de maneira individualizada, uma vez que o Estado precisa reconhecer as necessidades e demandas provenientes dos migrantes, considerando suas capacitações, limitações e bagagens

culturais, bem como contribuir para que as inimizades e rivalidades incutidas em cada um sejam superadas.

3 O (Novo?) Paradigma do Direito Fraternal e sua (In)Aplicabilidade nas Relações entre Nacionais e Estrangeiros

Como visto, ao tempo que há um rol exaustivo de legislação nacional (constitucional, infraconstitucional, decretos, portarias...) e internacional (tratados, pactos, convenções...) assegurando direitos e garantias para o grupo minoritário estrangeiro, há, por outro lado, o senso comum de que a entrada e permanência – acelerada nos últimos anos – está reduzindo os direitos garantidos aos nacionais, causando, por consequência, ansiedade, medo e preconceito.

Nessa perspectiva, discursos intolerantes ecoam, pois os [...] “Estranhos tendem a causar ansiedade por serem “diferentes” – e, assim, assustadoramente imprevisíveis, ao contrário das pessoas com as quais interagimos todos os dias e das quais acreditamos saber o que esperar” (BAUMAN, 2017, p. 13-4), o que dificulta a capacidade de “interpretar seus artifícios e compor nossas respostas adequadas – adivinhar quais possam ser suas intenções e o que farão em seguida” (BAUMAN, 2017, p. 14).

Tais problemas, embora universais e atemporais, aparecem em território brasileiro e assombra todos os setores da população e do Estado com uma intensidade e num grau jamais antes visualizado, sobretudo pelo Brasil ser – na atual quadra da história – um país desregulado, fora de ordem, tatuado por vícios políticos, eivado de ambivalências e desigualdades sociais.

Com efeito, uma das possibilidades a projetar luz sobre a temática é aprofundar o estudo, o debate (e a aplicabilidade) do Direito Fraternal, eis que o próprio preâmbulo do texto constitucional aponta que o Brasil deve ser uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O Direito Fraternal exsurge como a inevitabilidade iminente das pessoas serem amigas, irmãs, fraternas, ou caso isso não seja

possível, num ínfimo exercício de humanidade nas relações com o Outro, que, possivelmente resultará em um Direito mais justo, caracterizado pelo paradigma ético, onde o nacional se coloca no lugar do estrangeiro, antes de rechaçá-lo e julgá-lo como inimigo.

Segundo Resta, um dos expoentes da temática:

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar “comum”, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras, os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade (2004, p. 13).

Trata-se, pois, de um meio alternativo para fomentar e potencializar a integração entre nacionais e estrangeiros, pois “insistir sobre essas outras visões dos “códigos fraternos” não é indulgência no sentido de uma ingenuidade destinada a sucumbir na luta ímpar contra o realismo: é somente uma tentativa de valorizar possibilidades diferentes” (RESTA, 2004, p. 14).

No ponto, o Estado Democrático de Direito brasileiro deve valorizar a fraternidade como princípio maior a fim de que floresça cada vez mais o respeito à dignidade da pessoa humana e ao cosmopolitismo, uma vez que:

Trata-se de um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos ‘lobos artificiais’ ou dos poderes informais que à sua sombra governam e decidem (RESTA, 2004, p. 15-6).

O direito fraterno, nesse sentido, “vive de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas” (RESTA, 2004, p. 16).

Em outras palavras, o direito fraterno possibilita cumprir o estabelecido na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional e o ratificado nas Convenções Internacionais.

Assim, por meio do Direito Fraterno é possível acolher o outro, reconhecer seus valores, as suas atitudes e hábitos, deixando em segundo plano a perspectiva individualista para que ocorra uma aproximação entre brasileiros e estrangeiros, fomentando a interação dialógica e a amizade, a qual, segunda Restá (2004), possui uma particularidade:

Une independentemente de vínculos e liames visíveis. Parece retirar-se num mundo de possibilidades onde o não-conhecer não anula a existência, subtraindo-a ao domínio de qualquer idealismo; os amigos podem não ser conhecidos, mas poderiam em cada momento ser reconhecidos, e é a este difícil evento do reconhecimento que se remete sua visível concretude (p. 21).

Com efeito, a valoração da amizade não pode, como se faz pensar em uma análise precipitada, ser consequência de uma atitude passiva. Ao contrário, ser (se tornar) amigo do estrangeiro é agir ativamente, criar um espaço no qual os olhares de curiosidade e estranhamento devem ceder ao reconhecimento de que todo o ser humano possui os mesmos direitos.

Considerações Finais

A ampliação da mobilidade humana, em tempos de globalização e novas tecnologias, é uma realidade. O Brasil, em razão de suas características territoriais, econômicas e culturais, desde o período do descobrimento até os dias de hoje, é um dos países em que há um fluxo contínuo de entrada de estrangeiros, os quais, além de propiciarem as mais variadas contribuições à sociedade, também são portadores de necessidades e direitos.

Juridicamente, sobretudo em decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os estrangeiros têm

direito a “ter direitos”. Contudo, na prática, guiados, não raras vezes, pelo sentimento de indiferença e discursos preconceituosos, os estrangeiros são vistos como estranhos, onde um olhar de suspeição lhes é dirigido, o que acaba gerando, por consequência, exclusão, isolamento e invisibilidade.

Em razão disso, fomentar o reconhecimento do outro pela prática da alteridade e da amizade e, ao fazê-lo, não somente se permite que sua história seja contada e sua identidade preservada, mas, também, sua condição de ser humano seja garantida. O Direito Fraterno vai além dos limites territoriais e permite que os Estados, ao receberem estrangeiros como iguais, potencializem com a evolução dos homens para uma sociedade mais justa, mais igual e mais fraterna.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. (1980). **Lei 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. (1930). **Decreto nº 19.482**, de 12 de Dezembro de 1930. Limita a entrada, no território nacional, de passageiros estrangeiros de terceira classe, dispõe sobre a localização e amparo de trabalhadores nacionais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19482-12-dezembro-1930-503018-republicacao-82423-pe.html>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. (1934). **Decreto nº 24.215**, de 9 de maio de 1934. Dispõe sobre a entrada de estrangeiros em território nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24215-9-maio-1934-557900-publicacaooriginal-78647-pe.html>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. (1938). **Decreto-Lei nº 408**, de 4 de maio de 1938. Dispõe sobre a entrada de estrangeiros no território nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. (2017). **Lei 13.455**, de 24 de maio de 2017. Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CAMPUZANO-JULIOS, Afonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos, imigração e diversidade: dilemas de vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016.

DORNELLES, Edson Nadir Pires; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil: (in)visibilidade social e jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2016.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário**. Tradução Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Naria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro. Edições Graal, 1988.

LEVY, Maria Stella Ferreira. **O papel da migração internacional na evolução da população brasileira (1872 a 1972)**. In: Revista Saúde Pública. v. 8 (supl.), p. 49-90. São Paulo, 1974.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Ana Luísa Zago de. **Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

PATARRA, Neide Lopes. **O Brasil: país de imigração?** In: Revista Eletrônica de Estudos Urbanos e Regionais E-metropolis. n. 9. Ano 3. São Paulo: Jun. 2012. p. 08 - 18. Disponível em: <http://emetropolis.net/artigo/64?name=o-brasil-pais-de-imigracao> Acesso em: 22 nov. 2017.

RESTA, Elígio. **O Direito Fraterno**. Tradução e coordenação Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RICHTER, Paula. **Direito dos estrangeiros: globalização e direitos humanos**. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

SEYFERTH, Giralda. **Imigração e cultura no Brasil**. Brasília: UNB, 1990.

VERONESE, Osmar; MACHADO, Marsal Cordeiro. **O direito fundamental à saúde e os estrangeiros**. In: Revista Paradigma. v. 26. n. 2. Ribeirão Preto: 2017. p. 234 - 251. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/issue/current> Acesso em: 27 dez. 2017.

WALDMAN, Tatiana Chang. **O acesso à educação escolar de migrantes em São Paulo: a trajetória de um direito**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2012.

ZAMBERLAN, Jurandir. **O processo migratório no Brasil e os desafios de mobilidade humana na globalização**. Porto Alegre, Pallotti, 2004.

A efetivação do direito fraterno no âmbito do direito penal e a aplicação da teoria da coculpabilidade como forma de justiça mais fraterna e humana

Priscila Jurinic¹

André Leonardo Copetti Santos²

Considerações iniciais

A disparidade entre as classes sociais existentes no país é realidade em nosso dia a dia. Se pararmos para refletir, grande parte dos conflitos ou problemas existentes no país em que vivemos é fruto da desigualdade social e econômica. Além disso, os crimes cometidos a cada dia no país, em sua maioria, é um dos resultados negativos gerados por esta diferença.

¹. Graduada em Direito. Pós-graduada em Filosofia Contemporânea. Mestranda em Direito e Bolsista pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo/RS. E-mail: priscilajurinic@gmail.com

² Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e pós-doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Possui mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1988). Atualmente é professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, IJUÍ, RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Coordenador Executivo do PPGD/URISAN. Editor da Revista Científica Direitos Culturais. Membro Externo do Conselho Editorial do Centro de Estudios en Antropología y Derecho, Posadas, Argentina. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Livros e artigos publicados nas áreas de direito penal, direito constitucional, teoria do direito e ensino jurídico. Advogado criminalista

Há que se referir também, que na sociedade em que vivemos, além da desigualdade, existe uma forte exclusão social. E grande parte da “culpa” desse fato é do Estado, que comete falhas na organização social sem buscar meios de criação e efetivação de políticas públicas de inclusão social ou então, algo que possa reverter esta situação. O que ocorre, é que o grupo dos excluídos não tem voz nem vez perante uma sociedade muitas vezes egoísta e individualista, sem mesmo ter chances de buscar soluções para seus problemas e suas necessidades.

Assim, como forma de valorização do ser humano, levando em consideração os direitos já adquiridos, e preservando-os, apresenta-se o Direito Fraterno na intenção de buscar amenizar as perturbações e inquietações dos indivíduos da própria sociedade, que muitas vezes possuem um sentimento de “aniquilamento” na perspectiva de garantia de segurança. Este direito fraterno, dotado dos melhores sentimentos, como hospitalidade, pertencimento e alteridade é proposto à sociedade, juntamente com a criação de políticas públicas por parte do Estado, para que juntos promovam cidadania, dignidade da pessoa humana, inclusão social e acima de tudo, direitos humanos.

Ainda, como forma de efetivação de todos estes direitos, baseado no princípio da igualdade e da proporcionalidade, propõe-se a aplicação da Responsabilidade do Estado ou Culpabilidade, na busca de uma justiça mais digna, fraterna e igualitária.

1 Desigualdade Social, Exclusão e Diferença

A Constituição Federal regida em 1988 prevê em seu artigo 5º direitos e garantias fundamentais ao Cidadão. Entretanto, a prática distancia-se da teoria, acarretando a exclusão de determinados indivíduos da sociedade, no momento em que lhes é negado o acesso aos mais valiosos direitos e garantias fundamentais. Assim, muitos crimes que ocorrem no país são frutos da desigualdade social, a qual o Estado não consegue suprir.

A este respeito, Adalberto Narciso Hommerding e José Francisco Dias da Costa Lyra lecionam que existe uma ligação entre o Estado de bem-estar social e a marginalidade. Referem que a retratação de um implica consequentemente no aumento da tensão social e também na cifra de crimes. E mesmo com o avanço tecnológico levado em consideração pela ciência, as sociedades ocidentais, em especial, o Brasil, continuam com os mesmos problemas, qual sejam, o desenvolvimento desigual, elevada taxa de desemprego e distribuições desiguais de riqueza (HOMMERDING, 2016, p. 161).

Na mesma lógica, os autores acima mencionados complementam afirmando que é necessário fazer uma ligação entre os grupos, e classes sociais, para desfazer o bloqueio existente entre o grupo dos excluídos com os incluídos. Vejamos:

Há necessidade de um restabelecimento da comunicação entre o grupo dos incluídos e excluídos, de forma a restabelecer o pacto social, combatendo o *apartheid* social que a sociedade industrial do séculos XX e XXI tem produzido. É que nessa nova segmentação ou novo espaço de tempo, próprias da modernidade, rompem com o pacto social, pois os excluídos que não possuem canal de comunicação, são apartados do processo de deliberação democrática, deslegitimando-se assim, a ação do Estado. Dito de outro modo, existem milhares de pessoas que vivem em condições indignas. A maioria da população habita no planeta numa situação de exclusão total e, portanto, numa condição de indivisibilidade, não dispondo, dessa forma, de um canal de comunicação (seja de representação política ou de ações afirmativas) para discussão de seus problemas e busca de soluções. Ocorre assim um verdadeiro bloqueio da comunicação (2016, p. 164).

Sobre o mesmo norte, há que se falar ainda, que os crimes, muitas vezes acontecem por meio de um “etiquetamento”, uma vez que a marginalidade é atribuída apenas para alguns, sendo que estes, para a sociedade devem ser excluídos, uma vez que não oferecem nenhum benefício para a comunidade, pelo contrário, geram incômodos. E é por essa exclusão social que a criminalidade

tende a aumentar, eis que as classes altas tendem a excluir as baixas, fazendo isso através das leis, o que, aparentemente, é uma forma lícita de exclusão.

Assim, no que diz respeito ao “etiquetamento” ou teoria da rotulação, Charlise Paula Colet afirma:

[...] a própria intervenção do sistema penal na sociedade implica a constituição da criminalidade, seja pela definição legal de crime pelo Legislativo, seja pela definição de pessoas a serem etiquetadas, ou ainda pela estigmatização de criminosos dentre aqueles que praticam tal conduta considerada ilícita, razão pela qual se defende que o sistema penal constrói socialmente a criminalidade a partir da seletividade criada pela lei por ele instituída (2008, p. 51).

Ainda, na mesma linha, José Francisco Dias da Costa Lyra prevê uma política criminal marginalizadora no que diz respeito ao etiquetamento. Afirma Lyra que os indivíduos etiquetados são considerados como “categoria de risco”, pois o cenário em que vivemos, informa uma “ansiedade midiática, social e política”. Com isso, uma política criminal criminalizadora acaba sendo impulsionada, e esses indivíduos passam a ser etiquetados como uma clientela prioritária do sistema penal, sendo chamada de classe perigosa, seguindo-se uma seletividade no direito penal (LYRA, 2013, p. 339-340).

Sob o mesmo enfoque, há que se referir que para vivermos em um país onde todos tenham direitos e deveres iguais, precisamos primeiramente reconhecer as diferenças. A diferença, para Andre Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas “não é ela mesma, tomada como algo em si. Se a identidade de uma coisa se dá pela sua essência, é na semelhança e no mais que ela se constitui.” (2016, p.31).

Nesse sentido, cabe salientar que a diferença entre eu e o outro não pode ser uma diferença carregada de exclusão, pelo contrário, é necessário reconhecer a diferença e impedir discursos excludentes. A este respeito, Copetti e Douglas lecionam referindo que não existe uma igualdade que não contenha diferenças, mas que a

diferença, quando for manifestada pela humanidade comum, não significa que ela seja causa de nenhum tipo de arbítrio. As técnicas com que se reconhece a identidade não podem acabar com as diferenças, mas sim, devem ser conduzidas a um processo de responsabilização recíproca que seja capaz de suprir aos reclamos do Direito, enquanto este for um mecanismo que desempenhe a proteção da máxima liberdade das diferenças que são publicamente “confrontadas e ajustadas”. (COPETTI, 2016, p. 206)

Ainda, atentos a questão da diferença, vale ressaltar que o outro não é aquele diferente de mim, ele é parte de mim, pois a diferença não está contida na ideia de identidade. É necessário conhecê-lo diferente, para então torná-lo igual. “O ser é, em si o resultado das inscrições naturais que definem sua posição no mundo, seus atributos, sua classe social, sua finalidade” (2016, p. 31).

Ainda, sobre o mesmo norte, Copetti e Doglas explicam:

É verdade que somos diferentes, que temos histórias de vida distintas, que nascemos em lugares variados, que o gênero e a nacionalidade nos separam, que, enfim, somos dotados de individualidade e historicidade. Não é menos verdadeiro, no entanto, que partilhamos uma humanidade comum que permite e dá sentido às diferenças que demandamos. Razão, identidade, culto, sexualidade, desejos, por exemplo, são experiências humanas que podem variar de cultura para cultura, mas não têm sua existência enquanto tal condicionada à realidade histórica objetiva; são temas lotados de humanidade compartilhada. O que se quer dizer é que o homem é igual e diferente, que precisa, portanto, proteger igualdades e diferenças (2016, p. 206-207).

No tocante à proteção das igualdades e diferenças, necessária se faz a análise dos direitos humanos e as garantias fundamentais, para uma melhor elucidação da Teoria da Cocupabilidade. Assim, para Charlise Paula Colet Gimenez, os direitos humanos e as garantias fundamentais são compreendidos como “aqueles inatos que o homem não pode alienar nem o Estado pode subtrair ou restringir”. E no mesmo raciocínio, a autora citada, *apud* BOBBIO,

complementa que “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado” (2016, p. 199).

2 Direitos humanos fundamentais e Direito Fraterno

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, garante que todos os cidadãos terão direito à educação, saúde, moradia, trabalho, ao lazer, entre outros direitos. Entretanto, ocorre que alguns indivíduos não têm o privilégio de ver grande parte desses direitos e garantias serem concretizados, ficando desamparados e desiguais perante uma sociedade consumista.

Nesta esteira, Salo de Carvalho manifesta que a sociedade tem o dever de assegurar aos seus cidadãos o que eles necessitam para uma sobrevivência digna, pois se não o fizer, acaba instigando-os a serem criminosos, pelo fato de que, eles são seres humanos que encontram-se na miséria, com precária situação econômica, e muitas vezes não possuem formação intelectual ou escolar, o que acaba refletindo no fracasso da sociedade (CARVALHO, 2003, p. 51-52).

De outra banda, Antonio Enrique Pérez Luño leciona a respeito dos direitos humanos e do reconhecimento dos homens sem exclusão:

[...] o traço básico que marca a origem dos direitos humanos na modernidade é precisamente seu caráter universal; o de serem faculdades que deve reconhecer-se a todos os homens sem exclusão. Convém insistir neste aspecto, porque direitos, em sua acepção de status ou situações jurídicas ativas de liberdade, poder, pretensão ou imunidade existiram desde as culturas mais remotas, porém como atributo de apenas alguns membros da comunidade (...). Pois bem, resulta evidente que a partir do momento no qual se podem postular direitos de todas as pessoas é possível falar em direitos humanos. Nas fases anteriores poder-se-ia falar de direitos de príncipes, de etnias, de estamentos, ou de grupos, mas não de direitos humanos como faculdades jurídicas de titularidade universal. O grande invento jurídico-político da modernidade

reside, precisamente, em haver ampliado a titularidade das posições jurídicas ativas, ou seja, dos direitos a todos os homens, e em consequência, ter formulado o conceito de direitos humanos (2002, p. 24-25).

No mesmo sentido, no que é pertinente aos Direitos Humanos e como forma de valorização do ser humano, necessária se faz a análise do Direito Fraterno, na medida em que este carrega em suas matrizes teóricas, a busca de uma solução justa e fraterna.

Cabe ressaltar que os mecanismos fraternos promovem acolhimento e promoção de direitos, permitindo a existência de um sistema de valores e princípios na busca da restauração das relações sociais, tornando o cidadão, de fato, portador de direitos e de dignidade.

A respeito do Direito Fraterno, Ana Carolina Ghisleni leciona que o direito fraterno está inteiramente ligado a ideia de igualdade. Vejamos:

O Direito Fraterno tem suas origens na Revolução Francesa, juntamente aos ideais de liberdade e igualdade. A ideia de fraternidade está diretamente ligada à vida em sociedade, à cidadania entre os homens e aos direitos humanos. Na verdade, continua bem próxima dos ideais iluministas, pois não há hierarquia que os diferencie: todos os homens são iguais, livres e deveriam viver em harmonia fraterna. Objetiva-se aqui tratar da fraternidade e, consequentemente, do direito fraterno como aquele que abandona as fronteiras fechadas da cidadania, respeitando os direitos humanos e que, ao retornar ao binômio constituído de direito e fraternidade, “recoloca em jogo um modelo de regra da comunidade política: modelo não vencedor, mas possível” (2011, p. 12).

O Direito Fraterno, para Eligio Resta, surge como instrumento baseado nos direitos humanos e na humanidade como lugar comum, buscando sempre um local onde não exista violência e com os olhos voltados a uma sociedade mais fraterna. Nesse sentido, leciona: “os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que

não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade”. (2004, p. 13).

Destaca também Eligio Resta, que o Direito Fraterno busca a interlocução entre direito e fraternidade, no sentido de efetivar e proteger os direitos humanos fundamentais necessários à construção de uma nova sociedade, mais justa e igualitária.

A este respeito, elucida referindo que trata-se de um modelo de direito que desconsidera a fronteira fechada da cidadania e busca uma nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela “necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais que as suas sombras governam e decidem” (RESTA, 2004, p. 15-16).

Se implementarmos o Direito Fraterno em nosso ordenamento jurídico, estaremos buscando o bem comum de toda a humanidade, uma vez que assim é possível garantir uma vida mais digna e humana aos cidadãos no contexto intercultural em que nos encontramos.

Ainda no que se refere ao Direito Fraterno fazendo referência também a justiça restaurativa, Charlise Colet propõe um novo modelo de justiça, afirmando que interessante se faz a busca de um modelo de política criminal comprometida com os direitos humanos e com a inclusão social. E nesse sentido leciona:

Nesta ótica, o Direito Fraterno e a Justiça Restaurativa assumem relevância na condição de matrizes teóricas a partir da quais tornam possível um novo modelo justiça, mas também de uma filosofia e de uma cultura, eis que cada uma é capaz de captar a mesma imagem sob ângulos e perspectivas diferentes e produzir resultados completamente diferentes, opondo-se ao etiquetamento social, visto que a seletividade somente reproduz o senso comum majoritário, punindo-se as condutas desviantes sob uma perspectiva apenas, a dominante. (2009, p. 50).

Com isso, pode se dizer que o Direito Fraterno, é uma solução justa e sensível, pois a busca da harmonia e do bem-estar do

indivíduo, (seja ele infrator ou não), e da sociedade (seja ela justa ou não) faz com que não haja conflito, colocando em prática os verdadeiros conceitos de alteridade, de aceitação características que devem ser inerentes dos seres humanos.

Imperioso ressaltar que as políticas sociais, olvidadas por parte do Estado, e tão almeçadas por parte dos indivíduos, buscam, em poucas palavras, a diminuição das desigualdades estruturais resultadas pelo desenvolvimento socioeconômico. A este respeito Eloisa de Mattos Hoflin afirma que políticas sociais são relacionadas a ações que viabilizam o padrão de proteção social proposto pelo Estado, voltadas, num primeiro momento, para a redistribuição dos benefícios sociais buscando sempre diminuir as desigualdades estruturais resultadas pelo desenvolvimento socioeconômico (HOFLIN, 2001, p. 31).

Além disso, muito mais que oferecer serviços sociais, as ações por parte do Estado, devem se voltar a construção de Direitos Sociais de fato, não apenas buscar melhorias através de vontades articuladas pela própria sociedade, mas sim, buscar melhorias concretas e definitivas.

A administração pública, com o incentivo e cobrança da sociedade em geral - que inconformada com a atuação do seu próprio Estado clame por melhorias-, deve buscar atender a sua função de Estado, cumprindo com seus deveres sem privilegiar grupos ou indivíduos. Deve estabelecer programas que possibilitem o alcance de direitos sociais aos grupos desfavorecidos, buscando um equilíbrio social permanente, revertendo a situação econômica desigual.

4 Teoria da Coculpabilidade como forma de justiça mais fraterna e humana

Após tecidas tais considerações, passa-se analisar, de fato, a Teoria da Coculpabilidade, conhecida também como Responsabilidade do Estado. De pronto, pode-se afirmar que o

Estado não investe em políticas sociais eficazes contra a violência e a miséria. Atualmente, a regra geral em determinadas comunidades é observar as pessoas seguirem o caminho da marginalização, sendo que ter uma vida digna passou a ser a exceção da regra.

Assim, nasce a ideia de que não seria justo punir um indivíduo que vive em meio a condições precárias de sobrevivência, entendendo que o Estado teria uma parcela de culpa por não agraciar este cidadão com os direitos e garantias fundamentais elencados na promessa constitucional.

O indivíduo que vive em situação de miséria e presencia diariamente atos de violência, não tem tanta liberdade de escolher seguir outro caminho que não seja o do crime, sendo justamente a esses casos concretos que a aplicação da responsabilidade do Estado passa a ter grande importância.

A chamada “cocalpabilidade do Estado” incide como atenuante na hora da aplicação da pena, visto que o infrator não é o único culpado por estar na situação em que se encontra.

Cocalpabilidade, nas palavras de Gregore Moreira de Moura significa “um princípio constitucional implícito que reconhece a coresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação” especialmente no que se relaciona às condições sociais e econômicas do indivíduo, o que enseja menor reprovação social o que acaba gerando consequências práticas não somente na aplicação e execução da pena, como também no processo penal (MOURA, 2013, p. 41-42).

Nesse passo, Zaffaroni defende que reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam papéis diferenciados na estrutura social, principalmente em decorrência da situação econômica, constitui grave violação ao princípio da igualdade. Seguindo essa linha, Zaffaroni e Pierangeli, fazem a seguinte abordagem:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua

própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “cocolpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar (2012, p. 580).

Por oportuno, cumpre ressaltar o entendimento de Nilo Batista acerca do conceito de culpabilidade. Para ele este princípio é interpretado como uma espécie de repúdio a qualquer tipo de responsabilidade objetiva, porém, deve ser entendido como uma exigência: “de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável” (BATISTA, 2007, p. 103).

Entretanto, no que diz respeito a culpa da sociedade, tem-se que a cocolpabilidade é, conforme leciona Gregore Moreira de Moura:

Uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito na nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude de sua posição hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social (2013, p. 11).

Com efeito, a cocolpabilidade também decorre do princípio da igualdade, segundo o qual os iguais merecem tratamento isonômico, enquanto os desiguais, tratamento desigual. Com esse pensamento, André Estefam leciona que “por cocolpabilidade entende-se o juízo de reprovação feito ao Estado, que seria corresponsável pelo delito, nos casos em que se apurasse não ter

fornecido ao agente condições de igualdade e oportunidade mínimas para o pleno desenvolvimento de sua personalidade” (2010, p. 361).

Assim, Gregore Moreira de Moura ressalta que ao aplicar o princípio da coculpabilidade é preciso verificar o papel do Estado e da Sociedade, no que diz respeito aos delitos praticados. Nesse sentido, com base nos direitos e garantias fundamentais assevera Gregore que ao ser aplicado no caso concreto, este princípio tem a função de “reconhece o papel do Estado e da sociedade no que se refere aos delitos praticados por certas pessoas, em certas condições, propiciando a diminuição da seletividade e da visão ideológica do Direito Penal, indo ao encontro dos direitos fundamentais do cidadão” (2013, p. 43).

Nesse sentido, Rogério Greco, expõe a culpa que o Estado e a sociedade têm em relação aos crimes cometidos por estes “miseráveis”, referindo que a coculpabilidade ingressa direito penal justamente para demonstrar a responsabilidade que a sociedade tem quando da ocorrência de determinadas infrações penais pelos seus cidadãos. Afirma ainda que contamos com um número considerável de miseráveis “que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar”. Assevera ainda, que os mesmos indivíduos mendigam pratos de comida e muitas vezes utilizam-se do alcoolismo para fugir da realidade. Nestes casos, sugere-se a divisão da culpa do indivíduo com a sociedade (GRECO, 2010, p. 404).

Sendo assim, é injusto cobrar o mesmo cumprimento da lei e obediência das normas daqueles que têm menos oportunidades, em relação ao restante da população. Por outro lado, Gregore Moreira de Moura acrescenta:

A coculpabilidade também propõe uma análise social do delito, no sentido de que o crime é um fato social; logo, na aplicação e execução da pena, essas condições socioeconômicas devem ser consideradas, bem como deve ser feita a análise do meio ambiente

em que vive o indivíduo, até como forma de individualizar o fato-crime por ele praticado. Todavia, não defende a coculpabilidade a adoção de um determinismo, ou seja, a vontade do agente é livre, porém, na maioria das vezes, pode ser “contaminada”, “viciada”, pelas condições adversas em que vive, o que gera, portanto, um poder de escolha mais restrito, ensejando menor reprovabilidade (2013, p. 54).

Em outras palavras, o referido autor afirma que os indivíduos pobres que não tem as mesmas oportunidades que os ricos, em tese, não teriam a obrigação de comportar-se como tal, uma vez que são excluídos da sociedade no momento em que não alcançam as mesmas regalias. Porém, aponta que a aplicação do princípio da coculpabilidade é decorrente do “reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato, tendo, porém, como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos” (2013, p. 43).

Para que se possa diminuir a desigualdade social, é necessário apenas enxergar para ver que alguma coisa está errada, e que algo deve ser feito para modificar essa situação.

Na mesma esteira, evidenciando o poder repressivo e a limitação do poder de punir, leciona Juarez Cirino dos Santos a noção que se tem da coculpabilidade como forma de limitação do poder de punir, pode parecer contribuir para a redefinição da dogmática penal como sistema de garantias do indivíduo em face do poder repressivo do Estado, capaz de excluir ou de reduzir a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão (SANTOS, 2007, p. 288).

Ainda, Salo de Carvalho acredita que “devemos ampliar o vínculo do sistema penal pátrio com o princípio da coculpabilidade, não restringindo sua aplicação apenas aos casos de condenação alternada ou cumulada à multa” (2002, p. 228).

Nesse sentido, acrescenta Salo de Carvalho que “a precária situação econômica do imputado deva ser priorizada como

circunstância obrigatória”. E a respeito da coculpabilidade como atenuante afirma que:

Apesar de não estar prevista no rol de circunstâncias atenuantes do art. 65 do Código Penal brasileiro, a norma do art. 66 (atenuantes inominadas) possibilita a recepção do princípio da coculpabilidade, pois demonstra o caráter não taxativo das causas de atenuação. O Código Penal, ao permitir a diminuição da pena em razão de “circunstância relevante”, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei, fornece o mecanismo necessário para a implementação deste instrumento de igualização e justiça social. Advogamos, ainda, que a atenuante da coculpabilidade não pode ficar restrita apenas à situação econômica do imputado, tendo em vista que essa é apenas uma das variáveis que compõe o dever de prestação estatal no Estado Social de Direito. Entendemos que, juntamente com a valoração da situação econômica, devam ser avaliadas também as condições de formação intelectual do réu, visto que esta relação é fundamental para averiguação do grau de autodeterminação do sujeito (2002, p. 228-229).

No que concerne à aplicação do referido princípio, tem-se que essa é rechaçada pela maioria dos tribunais, por ser uma questão bastante polêmica no país e não ter um entendimento pacífico quanto ao tema. Há que se referir que muitos tribunais em nosso país sequer discutiram sobre referida matéria, porém, alguns tribunais brasileiros já trataram da matéria e inclusive acolheram dito princípio.

Muitos julgadores não aplicam a teoria da coculpabilidade por acreditarem que não há previsão legal para ela, entretanto, a legislação penal vigente (artigos 66 e 59 do Código Penal) prevê, mesmo que não de forma expressa, a possibilidade da aplicação de dita teoria, quando tratam da atenuante inominada. A aplicação da teoria da coculpabilidade, muito além de buscar uma atenuação da pena, busca proporcionar ao acusado uma pena mais justa e proporcional. Afinal, entende-se que ele não seria o único culpado pelos seus atos, pois sua conduta, em muitos casos é totalmente

viciada, seja pelo meio onde vive, pela exclusão que sofre através da própria sociedade que o exclui ou, até mesmo, por não receber do Estado os direitos mais básicos de sobrevivência.

Considerações Finais

Pode-se afirmar que os problemas sociais que acometem a sociedade, especialmente no que se refere à criminalidade, somente serão solucionados no momento em que forem implementadas políticas públicas eficazes, e instrumentos que busquem, a interação da comunidade de uma forma participativa e coerente, para que possamos buscar uma justiça digna e igualitária, atenta sempre aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

A participação popular tem um papel bastante relevante na construção de políticas públicas restauradoras, na busca da paz social, encontrando formas de garantir o alcance dos direitos sociais e garantias fundamentais negligenciados por parte do Estado. Também, no mesmo sentido, necessária se faz a implantação de um Direito mais fraterno no âmbito social, onde se leve em consideração o vínculo de pertencimento e de hospitalidade, que são princípios básicos da fraternidade. Que as pessoas possam pensar coletivamente, analisar as circunstâncias, o meio onde o outro se encontra e as dificuldades que o outro enfrenta, antes de julgá-lo.

Afinal, no momento em que nos colocarmos mais no lugar do outro, exercitarmos e colocarmos em prática o direito fraterno, e buscarmos implementar estes conceitos junto ao Poder Judiciário nos depararemos com uma justiça mais justa e igualitária.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COLET, Charlise Paula. **A Aplicabilidade da Lei Penal e a Punibilidade do Senso Comum**. In: Revista Direito em Debate. Ijuí: Unijuí, Janeiro-Junho de 2008.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; O direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa: a superação do modelo triádico pelos meios complementares de tratamento adequado dos conflitos. In GIMENEZ, Charlise Paula Colet; LYRA, José Francisco Dias da Costa. (Org.) **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo e Políticas de Cidadania e Resolução de Conflito**. Campinas: Millennium, 2016.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; **A valorização do ser humano a partir das matrizes teóricas do direito fraterno e da justiça restaurativa: o tratamento de conflitos como forma de exercício da cidadania**. IN: Revista Direito e Justiça- Reflexões Sócio Jurídicas Ano IN, Nº 12. Março, 2009. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Justica-Restaurativa-Como-Forma-de-Exercicio-da-Cidadania.pdf>
Acesso em: 20/12/2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

HOFLING, Eloisa de Mattos. **Estado E Políticas (Públicas) Sociais** Cad. CEDES [online]. 2001, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539>. Acesso em: 13/11/2017.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Direito Penal e Hermenêutica: Uma Resposta Constitucional ao Estado de Exceção**. Curitiba: Juruá, 2016.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração- Criminalização e Subsistema Penal de Exceção**. Curitiba: Juruá, 2013.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: Pro Labore, 2013.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal**. Florianópolis, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **O Direito À Diferença E A Proteção Jurídica Das Minorais Na América Latina**. Unijuí, 2016.
Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revista_direitoemdebate/article/view/5555

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **Tres dimensões para compreender o papel da diferença na sociedade contemporânea**. In GIMENEZ, Charlise Paula Colet; LYRA, José Francisco Dias da Costa. (Org.) **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo e Políticas de Cidadania e Resolução de Conflito**. São Paulo: Millennium, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A visão sistêmica como premissa da resolução de conflitos

Greice Daiane Dutra Szimanski¹

Charlise Paula Colet Gimenez²

Considerações Iniciais

O desafio do presente capítulo é demonstrar que existe algo oculto por detrás dos conflitos e que tais informações podem ser acessadas por meio da postura sistêmica, permitindo um novo olhar dos conflitantes sobre a realidade como ela se apresenta, sob outros ângulos, sob outros pontos de vista. É demonstrar que as partes não devem ser vistas apenas como indivíduos, mas como partes de um sistema, podendo-se analisar o contexto social em que viveram ou vivem, seus costumes, suas crenças, suas dores e sua percepção da vida, bem como, que esses indivíduos são uma extensão dos seus

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. Lattes <http://lattes.cnpq.br/6468894199211789>. Integrante do Grupo de Pesquisa “Conflito, Direitos Humanos e Cidadania”, cadastrado no CNPQ, liderado pela professora Doutora Charlise Paula Colet Gimenez. Advogada. E-mail: greice@gsjur.adv.br

² Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul ? UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, todos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa

familiares, daqueles que vieram antes e tudo que lhes aconteceu. Essa forma de perceber o indivíduo e seu sistema familiar se torna possível através da técnica das Constelações Familiares, responsável por trazer à tona o que está oculto, permitindo a retomada do equilíbrio por meio da autoconsciência e a instauração do processo da paz.

Para o desenvolvimento deste tema, inicialmente buscou-se esclarecer a base do pensamento sistêmico que surgiu com a biologia, posteriormente utilizada para explicar os campos morfogénéticos e a ressonância dos sistemas que ensejou na técnica conhecida como Constelação Familiar e, por fim, buscou-se tratar sobre o conflito propriamente dito e o conflito sob a visão sistêmica. O método utilizado foi a abordagem hipotético-dedutiva e o método de procedimento bibliográfico.

1 Introdução ao Pensamento ou Visão Sistêmica e a Noção de Campo

Antes de adentrar especificamente no tema central, necessário fazer algumas informações e esclarecimentos a respeito do pensamento sistêmico ou visão sistêmica. Inicialmente há que se dizer que os pioneiros em abordar o pensamento sistêmico foram os biólogos que enfatizaram a visão dos organismos vivos como totalidades integradas (CAPRA, 2014).

O Pensamento Sistêmico, atualmente disseminado nas diversas áreas do conhecimento, ganhou um arcabouço teórico e reconhecimento na primeira metade do século XX e embora suas bases tenham sido formuladas entre as décadas de 30 e 40, o processo de mudança do paradigma mecanicista para o ecológico tem ocorrido de forma não linear há muitos séculos, com retrocessos e avanços nos vários campos da ciência (CAPRA, 2006).

Geralmente, “os conceitos teóricos ganham definição e importância no corpo de uma teoria e, portanto, seria natural procurarmos conhecer a noção de sistema, e as noções correlatas,

dentro de cada teoria sistêmica” (VASCONCELOS, 2013, p. 186). Porém, esta seria uma tarefa muito extensa, motivo pelo qual se analisará, de forma muito sucinta a sua origem, os critérios fundamentais e a sua aplicabilidade em relação aos conflitos.

Diante disso, podemos iniciar esclarecendo em 1940, o biólogo austríaco Ludwig Von Bertalanffy apresenta a Teoria Geral dos Sistemas e o matemático norte-americano Norbert Wiener inicia a elaboração da Cibernética, ambas as teorias tiveram desenvolvimento paralelo no século XX e configuram os limites paradigmáticos para a Teoria Sistêmica, em conjunto com a influência da Teoria da Comunicação Humana, criada por Gregory Bateson e Paul Watzlawick (VASCONCELOS, 2013).

Bertalanffy confere importância ao Pensamento Sistêmico como um movimento científico por meio de suas concepções de sistema aberto e de sua Teoria Geral dos Sistemas. De acordo com o autor, organismos vivos são sistemas abertos que não podem ser descritos pela termodinâmica clássica, que trata de sistemas fechados em estado de equilíbrio térmico ou próximo dele. Os sistemas abertos podem se alimentar de um contínuo fluxo de matéria e de energia extraídas e devolvidas ao meio ambiente. Mantêm-se, portanto, afastados do equilíbrio em um estado quase estacionário ou em equilíbrio dinâmico (CAPRA, 2006).

A interação ou a relação entre os componentes torna os elementos mutuamente interdependentes e caracteriza o sistema, diferenciando-o do aglomerado de partes independentes (VASCONCELLOS, 2010). Assim, pressupõem-se que os fenômenos não podem ser considerados isoladamente, e sim, como parte de um todo.

A Teoria Geral dos Sistemas também fez uso do conceito de *retroalimentação* ou *feedback* que emergiu na cibernética (como será ressaltado adiante), o qual garante a circulação de informações entre elementos do sistema. A retroalimentação pode ser negativa, o que acontece quando esse mantém a homeostase, ou positiva, ocorre quando o sistema responde pela mudança sistêmica

(morfogênese). Assim, uma organização realimentada e autogerenciada gera um sistema cujo funcionamento é independente da substância concreta dos elementos que a formam. Dessa forma, elementos podem ser substituídos sem dano ao todo, o que caracteriza o processo de autorregulação, no qual o todo assume as tarefas da parte que falhou (VASCONCELLOS, 2010).

Já, no tocante ao termo Cibernética origina-se da palavra grega *kybernetes* que significa piloto, condutor. Desta forma, tal teoria apresenta uma tendência mecanicista por sua associação com máquinas ou sistemas artificiais. A preocupação do autor era com a construção de sistemas que reproduzissem os mecanismos de funcionamento de sistemas vivos, isto é, ele propôs a construção dos chamados autômatos simuladores de vida ou máquinas Cibernéticas (VASCONCELLOS, 2010).

A articulação dos desenvolvimentos da Cibernética que fazem emergir a Si-Cibernética mudou os pressupostos epistemológicos da ciência tradicional (simplicidade, instabilidade e objetividade), exigindo uma reorganização dos conceitos anteriormente elaborados. Fala-se então em Pensamento Sistêmico, o qual também é chamado de epistemologia sistêmica, de novo paradigma da ciência (ou paradigma da ciência contemporânea), ou ainda, de epistemologia da ciência novo-paradigmática (VASCONCELLOS, 2010).

Por fim, o antropólogo inglês Gregory Bateson (1904-1980), se utilizou das teorias acima citadas para desenvolver a Teoria da Comunicação que abrange uma complexidade de fatores, tais como conteúdo, forma e linguagem, os quais estão sempre presentes nos processos interrelacionais. A Teoria da Comunicação humana, na sua origem, engloba três dimensões: a sintaxe, a semântica e a pragmática. A sintaxe refere-se à transmissão da informação; a semântica está relacionada ao significado dos símbolos; e a pragmática diz respeito aos aspectos comportamentais da comunicação. A teoria também apresenta o conceito da metacomunicação (comunicação sobre a comunicação) e o uso de

mensagens congruentes ou incongruentes (VASCONCELLOS, 2010).

Bateson concebeu um conceito novo e radical de mente, capaz de superar a visão cartesiana. Mente é um fenômeno sistêmico característico dos seres vivos, uma característica relacional. A mente não está no cérebro e sim nas relações. Também nega a objetividade da realidade quando afirma que o observador traz a marca de quem observa. Não existe, portanto, uma realidade objetiva, independente do observador (VASCONCELLOS, 2010).

A compreensão desses padrões comunicacionais que possibilitam ou dificultam as relações é de suma importância para aqueles que trabalham dentro do paradigma sistêmico, devendo estarem atentos aos principais requisitos para a formulação do Pensamento Sistêmico.

A palavra "sistema" deriva do grego *synhistanai* que significa colocar junto. O entendimento sistêmico requer uma compreensão dentro de um contexto, de forma a estabelecer a natureza das relações. A principal característica da organização dos organismos vivos é a natureza hierárquica, ou seja, a tendência para formar estruturas multiniveladas de sistemas dentro de sistemas. Cada um dos sistemas forma um todo com relação as suas partes e também é parte de um todo. A existência de diferentes níveis de complexidade com diferentes tipos de leis operando em cada nível forma a concepção de "complexidade organizada" (VASCONCELLOS, 2010).

O primeiro dos critérios fundamentais do Pensamento Sistêmico se refere à mudança das partes para o todo, a partir do entendimento de que as propriedades essenciais são do todo de forma que nenhuma das partes as possui, pois estas surgem justamente das relações de organização entre as partes para formar o todo. Outro critério diz respeito à capacidade de deslocar a atenção de um lado para o outro entre níveis sistêmicos (VASCONCELLOS, 2010).

O pensamento é contextual, pois a análise das propriedades das partes não explica o todo e é ambientalista porque considera o

contexto. A ênfase está nas relações e não nos objetos, ou seja, os próprios objetos são redes de relações, embutidas em redes maiores. O mundo vivo é entendido como uma rede de relações. O conhecimento científico é tido como uma rede de concepções e de modelos sem fundamentos firmes e sem que um deles seja mais importante do que outros. O mundo material é visto como uma teia dinâmica de eventos interrelacionados (VASCONCELLOS, 2010).

Por fim, o último critério se refere à mudança da ciência objetiva para a epistêmica; o método de questionamento torna-se parte integral das teorias científicas. A compreensão do processo de conhecimento precisa ser explicitamente incluída na descrição dos fenômenos naturais, de forma que tais descrições não são objetivas (CAPRA, 2006; VASCONCELLOS, 2010).

No que refere à noção de campo, importante ressaltar que o olhar convencional e cartesiano nos condicionou a olharmos o mundo na forma de objetos individualizados e separados, como entes que não são construídos a partir de contextos, referências, multicausalidades, enfim, relações e processos (PELIZZOLI, 2017). Já a visão sistêmica aponta para a integração de fatores e processos, numa codependência complexa, e coemergência na relação de conhecimento e ação sobre o mundo; tal olhar é presentificado na noção de campo. (PELIZZOLI, 2017).

Nesse sentido, o biólogo Rupert Sheldrake, continuador de Bertalanfy, esclarece que os campos mórficos são campos organizadores, com informação e memória que é repassada por ressonância. Dentro dos campos mórficos estão os campos morfogenéticos, que são organizadores de todos os sistemas químicos, físicos e biológicos, pois influenciam a forma com base em uma herança genética; os campos comportamentais, que influenciam o comportamento dos organismos; os campos sociais, que influenciam a organização de grupos; e campos motores, que determinam os movimentos dos animais, relacionados à sua sobrevivência e perpetuação da espécie (RANAL, 2017).

Um exemplo muito singelo é lembrar “como os animais e o homem também têm o que chamamos de instinto para saber lidar – de modo “intuitivo” – com os desafios do ambiente; nosso corpo – natureza – “já sabe” de muitas coisas, e, por vezes, não explicamos de onde vem este saber” (PELIZZOLI, 2017).

Na constelação familiar sistêmica, mais especificamente no campo, todos estão em ressonância entre si e dentro dele, até mesmo o passado e os mortos continuam presentes e atuantes (HELLINGER, 2007). Além disso, Hellinger defende a existência de diferentes consciências que atuam no campo (a consciência pessoal, a consciência coletiva e a consciência espiritual) e que a influência da boa consciência polariza o campo, ou seja, apenas uma parte das pessoas que integram o campo, são reconhecidas como pertencentes, os que são admitidos são os “bons”. No entanto, o que foi excluído, reprimido, não pode ser expulso do campo, o que gera o conflito entre a boa e a má consciência, de onde nascem os conflitos mais implacáveis entre os grupos e dentro da própria alma (HELLINGER, 2007), conforme será abordado adiante.

2 Introdução à Constelação Familiar

A abordagem e o respectivo desenvolvimento das Constelações Sistêmicas Familiares, pelo filósofo, teólogo e pedagogo Bert Hellinger, têm como período inicial os anos 80. A técnica auxilia a harmonizar relacionamentos e a reconhecer papéis, ampliando a visão sobre o problema e favorecendo a capacidade de os envolvidos se colocarem no lugar uns dos outros, atualmente utilizada não somente por psicoterapeutas, como também por médicos, educadores, trabalhadores sociais, consultores empresariais e outros profissionais de diversos ramos, em especial, advogados e juizes. Em resumo, as Constelações Familiares são:

uma teoria, são o resultado da união de princípios provenientes de várias escolas psicoterapêuticas tais como a Teoria Sistêmica

Familiar, a Terapia de Comportamento, a Gestalt, o Psicodrama, a Hipnoterapia, de Milton Ericsson, e o Grito Primário, de Arthur Janoff, entre outras. Bert Hellinger, depois de ter trabalhado com essas diferentes técnicas por mais de trinta anos, desenvolveu sua própria terapia, qual hoje chama “Constelações Familiares” (CASTILHO, 2016, p.17).

De forma mais simples, afirma-se que a constelação familiar representa o corpo social da família, busca agregar todo o seio familiar sempre na busca da harmonia entre as pessoas e que tal sistema pode contribuir fortemente para o fim do conflito impactando tanto os atores diretos quanto os envolvidos indiretamente na causa (CARDOSO, 2017).

Durante sua trajetória, Bert Hellinger³ organizou, de maneira ímpar, todo o conhecimento sistêmico e o tornou disponível para o caminho da cura, do bem estar e do desenvolvimento humano e a técnica das Constelações pode ser compreendida por meio do conhecimento da Biologia e da Ciência (GUEDES, 2015), conforme brevemente referido no tópico anterior.

Hellinger observou que os relacionamentos humanos e a constituição dos sistemas ou grupos sociais carecem da satisfação de três necessidades essenciais, que se manifestam de forma complexa e asseguram sua sobrevivência, quais sejam, a necessidade de pertencimento, a necessidade de ordem e a necessidade de manter o equilíbrio entre os membros. Tais forças agem como princípios da vida, arbitrários como leis físicas, químicas e biológicas, denominadas como as Ordens do Amor (HELLINGER, 2007).

Nesse contexto, Virginia Satir⁴ desenvolveu um extenso relatório de técnicas terapêuticas e, utilizando a metáfora de um iceberg, expôs que os terapeutas somente podem ver uma ponta da

³ Bert Hellinger, terapeuta alemão idealizador/criador da terapia sistêmica denominada Constelação Sistêmica Familiar.

⁴ Virginia Satir (26 de junho de 1916 - 10 de setembro de 1988) notável autora e psicoterapeuta norte-americana, conhecida sobretudo pela sua abordagem de terapia familiar e por seu trabalho com constelações sistêmicas.

conduta do cliente, a qual está emoldurada no sentimento de si mesmo, o que reforça o entendimento de que os conflitos levados ao judiciário possuem suas raízes em problemas não vistos, além do aparente (CASTILHO, 2016).

As Constelações possibilitam resultados rápidos e eficientes ao revelar dinâmicas ocultas por detrás dos conflitos e traz soluções que causam alívio a todos os envolvidos. Ao configurar o sistema familiar, é possível reconstruir a árvore genealógica dos envolvidos e criar uma espécie de “geometria das relações” entre os membros da família. A partir disso, são localizados e removidos os bloqueios no fluxo amoroso, ocorridos na geração atual ou nas anteriores (DUARTE, 2017).

A partir desse entendimento e da nova política estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça se tornou possível utilizar as Constelações Familiares como novas formas de tratamento de conflitos, no intuito de promover a conciliação profunda e definitiva entre os envolvidos, trazendo-lhes a paz.

A partir desse novo olhar é possível perceber que muitos dos problemas levados ao judiciário ocultam outros problemas relacionados à natureza familiar, ao sistema familiar dos envolvidos, tanto nas ações que envolvam o Direito de Família, quanto nas ações de Direito Trabalhista, Empresarial, Penal, Previdenciário e outras.

Diante disso, Hellinger percebeu que cada pessoa está comprometida com o destino do seu grupo e a serviço do seu sistema e que a negação do destino nos coloca em conflito, o que inviabiliza o caminho da cura, da reconciliação e da felicidade (GUEDES, 2015).

A partir desse ponto de vista é possível entender porque determinados padrões se repetem nos sistemas familiares ao longo de gerações, bem como a importância que o movimento de um elemento do sistema pode afetar todos os demais, situações que são facilmente percebidas quando aplicadas as técnicas de tratamento de conflitos.

3 O Conflito propriamente dito

Ao se falar de conflito, é possível perceber que ele já existe desde o nascimento do ser humano por meio de situações conflituosas como o percurso do útero até a vida fora dele, a descoberta de que ele e sua mãe não são um mesmo corpo, a separação prematura da mãe após a amamentação e assim por diante.

Inclusive, a própria história da humanidade descreve uma realidade em que o ser humano sempre conviveu com o conflito, basta analisar a escravidão, o preconceito em relação à homossexualidade, a luta pela liberdade de crença e pelo direito das mulheres a um tratamento igualitário, dentre tantas outras disputas (GIMENEZ, 2016).

Os conflitos aparecem também quando estamos em meio ao desenvolvimento dos papéis sociais que “significam reivindicações da sociedade aos portadores de posições” (DAHRENDORF, 1991, p. 54), ou seja, o comportamento esperado do indivíduo. Além disso “através do relacionamento de papéis e grupos de referência torna-se possível o acesso a uma análise mais conspícua de uma forma importante do conflito social, o conflito entre papéis”. (DAHRENDORF, 1991, p. 54). Dessa forma, lembra o autor que os conflitos acontecem quando as pessoas acumulam diversos papéis e lhes são exigidos determinados comportamentos, porém, sem os quais o indivíduo passa a ser inexistente para a sociedade.

Conceituar o conflito não é tarefa fácil e nesse sentido, Freund (1995, p. 58) afirma que a noção de conflito não está completamente clara e apresenta as diferenciações entre diversas áreas como a filosofia, psicologia e o direito, propondo, por fim, a seguinte definição;

El conflicto consiste en un enfrentamiento por choque intencionado, entre dos seres o grupo de la misma especie que manifiestan, los unos respectos a los otros, una intención hostil, en general a propósito de un derecho, y que para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia

del otro, eventualmente por el recurso a la violencia, la que puede llegado el caso, tender al aniquilamiento físico del otro.⁵

O conflito tem uma significação sociológica, ele “transforma cada um dos envolvidos, não somente na sua relação com o outro, mas consigo mesmo, pois existem, ao mesmo tempo, consequências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras e fortalecedoras” (GIMENEZ, 2016, p. 70).

Diante disso, verifica-se que “o conflito não é um fenômeno anormal, mas uma condição inevitável de desenvolvimento das sociedades” (FREUND, 1995, p. 261), pois é consequência de um desejo subjetivo de pessoas, grupos ou de coletividade que pretendem romper a resistência que o outro põe a suas intenções ou a seu projeto. “O conflito não é um jogo” (FREUND, 1995, p. 256), pois “no conflito os seres, os grupos e as sociedades são atacados em sua substância e em sua vida” (FREUND, 1995, p. 261).

No entanto, para a compreensão do conflito é necessário analisar a maneira como os seres humanos lidam com ele, pois isso acaba sendo um catalisador, criando uma complexidade ainda maior (WARAT, 2004, p. 90). “Para se pensar no conflito, é preciso senti-lo, sê-lo para conhecê-lo. Os conflitos reais estão além do que se mostra aparente, estão no coração, no interior das pessoas” (WARAT, 2004, p. 29).

Nesse sentido, a alteridade é a peça-chave para o estabelecimento e a superação dos conflitos. Destruir a cultura do outro é garantir o extermínio do outro. Assim, o que estamos destruindo “em nome de direitos humanos divinizados cinicamente, é toda a cultura da alteridade. É a guerra em estado permanente contra o outro” (WARAT, 2010, p. 23). É necessário apostar na resistência cultural, na cultura da paz, na mediação, na alteridade,

⁵ “O conflito consiste em um confronto pelo choque intencional, entre dois seres ou grupo da mesma espécie que manifestam, um em respeito a todos, uma intenção hostil, em geral, com propósito de um direito e que para manter, afirmar ou reestabelecer o direito, tentam quebrar a resistência do outro, eventualmente pelo recurso da violência, o que pode levar, ao aniquilamento físico do outro” (tradução livre da autora).

no amor, na paz, na mediação dos excluídos, na sabedoria dos contágios, em uma cultura que não alimente a soberba (WARAT, 2010).

Portanto, os conflitos sempre existiram e se revelam por “uma série infindável de conflitos entre uma comunidade e outra, ou diversas outras, entre unidades maiores e menores – entre cidades, províncias, raças, nações, impérios –, que quase sempre se formaram pela força das armas” (EINSTEIN; FREUD, 2005, p.34-35)

A educação e a promoção da cultura da paz, de certa forma, contêm o instituto de aderir ao conflito, contrapondo à guerra o nobre sentimento de amor (WARAT, 2004, p.76). Além disso, “tudo o que favorece o estreitamento dos vínculos emocionais entre os homens, é antídoto à guerra. A paz não significa a ausência de conflitos, mas a sua gestão de forma diversa da violência, do aniquilamento e da exclusão” (GIMENEZ, 2016).

Enfim, partindo do pressuposto de que o conflito é uma oportunidade de crescimento e aprendizado das partes envolvidas e da sociedade em geral, resta analisar as distintas formas de olhar o conflito a partir da visão/pensamento sistêmico como premissa para a sua resolução.

4 O Conflito na Visão Sistêmica

O título do presente estudo passa a ter sentido a partir da análise do conflito pela visão sistêmica proposta por Bert Hellinger e explicada pela ciência e biologia, conforme tratado no tópico específico, pois ao esclarecer a origem e os sentimentos envolvidos no conflito, torna-se possível chegar a uma real solução.

Nesse sentido, Dalai Lama (2017) observa que por detrás do conflito há um sentimento de raiva ou medo, emoções muito próximas, pois eles são os polos naturais enquanto nos preparamos para fugir (medo) ou lutar (raiva). Assim,

é típico que a frustração e a raiva sejam causadas quando nos machucamos. [...] Além da dor física, também sofremos dores emocionais, que podem ser ainda mais comuns. Queremos alguma coisa que não conseguimos, com respeito ou bondade, ou recebemos algo que não gostaríamos, como desrespeito ou críticas. Subjacente a essa raiva há o medo de que não vamos conseguir aquilo que precisamos, que não somos amados, que não somos respeitados, que não seremos incluídos. (TUTU; LAMA, 2017)

Além disso, muitos conflitos partem de uma visão distorcida da realidade, muitas vezes a partir da impossibilidade de perceber a realidade como ela acontece e, nesse ponto, entra o agir inconsciente por meio da consciência sistêmica.

Na teoria sistêmica de Bert Hellinger (2007) sistema significa um grupo de pessoas que está unido pelo destino, de maneira que os atos dos indivíduos desse grupo influenciam nos destinos uns dos outros, inclusive através de gerações. No entanto, Hellinger não se propõe a explicar os porquês dos fenômenos em grupos, restringe-se a informar suas observações e o modo como as soluções foram alcançadas em sua experiência, formulando teorias gerais a partir do comportamento corriqueiro da dinâmica sistêmica.

A família, por ser um grupo privilegiado, sedia os primeiros conflitos de interesse, perpetuando-se vida afora, sendo que as relações familiares constituem o primeiro grupo que qualquer ser humano integra, desde a sua concepção.

Assim, todo o indivíduo está necessariamente envolvido em diversas relações interpessoais. Num sistema, todos os participantes estão ligados entre si e esses envolvimento são inevitáveis. Portanto, o destino é aquilo que mantém os participantes conectados e interligados, sem que saibam o motivo (HELLINGER, 2007)

Conforme já esclarecido, existem três ordens sistêmicas que quando desrespeitadas geram desordem e os conflitos se estabelecem, quais sejam, o pertencimento, a ordem ou hierarquia e o equilíbrio entre o dar e o tomar. Portanto, Hellinger percebeu que cada pessoa está comprometida com o destino do grupo,

Todo o indivíduo está, acima de tudo, muito mais a serviço do seu sistema, do que a serviço do seu próprio querer. Ele constata que nós temos uma pequena liberdade diante do destino, pequeníssima liberdade, que consiste apenas em concordar ou discordar. É importante compreender que aqui o significado de concordar: aceitar o dado como verdadeiro, real, existente. Não significa atribuir ao mesmo um juízo de valor, de certo ou errado. A negação do destino nos coloca em conflito (falta de sintonia) com ele, o que inviabiliza o caminho da cura, da reconciliação e da felicidade (GUEDES, 2015, p. 31-32).

No sistema familiar incluem-se os irmãos, os pais e seus irmãos, os avós e algumas vezes os bisavôs. Além disso, pertencem também todos aqueles que deram lugar para um outro, por exemplo, um marido anterior ou uma mulher anterior dos pais ou avós, bem como, os excluídos de alguma forma, tais como doentes, jogadores, alcoólatras, homossexuais ou criminosos (HELLINGER, 2012).

Nos estudos realizados por Hellinger e pelos demais pesquisadores do pensamento sistêmico, pode-se observar que na ocorrência de desrespeito a uma ou mais leis sistêmicas, surgem dificuldades nos relacionamentos, desequilíbrios orgânicos, emocionais ou mentais, bem como outros fenômenos como má sorte, fracassos reiterados em diversas áreas da vida, falências, perdas, endividamento, etc. Todas essas situações desagradáveis e problemáticas quando não sanadas são repassadas de uma geração a outra.

Isso porque, um excluído é algum participante do sistema que sofreu a grave injustiça de ter sido negada sua inclusão no grupo. Muitas vezes alguém do sistema, um participante mais recente do grupo, tende a representar o participante excluído na finalidade de restaurar o equilíbrio interno do grupo, passando a cumprir as funções que o excluído exercia na dinâmica do todo, isso acontece por meio dos emaranhamentos, assim denominados por Hellinger.

Diante disso, o emaranhamento ocorre quando alguém do sistema identifica-se com o destino de algum outro mais antigo no sistema, assumindo seus sentimentos e suas responsabilidades, a proximidade física não é um critério importante, uma vez que observam-se emaranhamentos de destinos inclusive entre pessoas que nunca se conheceram (HELLINGER, 2007).

Desse modo, na perspectiva da dinâmica sistêmica, não há diferença entre vivos e mortos, ou seja, mesmo pessoas falecidas há muitos anos podem ter grande influência na vida e destino dos participantes deste sistema, já que pode ocorrer uma identificação com um determinado participante mesmo que este não esteja vivo (HELLINGER, 2007).

Além dessas ordens sistêmicas, e a serviço destas, existem as leis naturais ocultas que modelam e regem o comportamento dos sistemas das relações humanas que é a consciência sistêmica. “Embora sem percebê-las diretamente, podemos reconhecer as ordens dessa consciência oculta pelos seus efeitos, pela dor resultante de sua violação, e pelo amor profundo e estável que elas alimentam” (HELLINGER, 2006, p. 44).

O agir de acordo com a consciência pessoal garante e preserva o pertencimento ao grupo. Esta necessidade de pertencimento é fundamental, uma vez que estes grupos são indispensáveis para a sobrevivência do próprio indivíduo. A consciência individual regula a ligação entre o participante e o seu sistema, define o que o indivíduo deve acreditar, seus valores e seus hábitos, proporcionando as ferramentas básicas para a participação e pertencimento do seu sistema. Por este motivo, a consciência geralmente não está relacionada com verdades universais, e sim com visões de mundo relativas ao grupo que o indivíduo faz parte (HELLINGER, 2007).

A consciência coletiva protege os grupos e se refere à humanidade como um todo, atuando num nível sistêmico mais amplo no qual a humanidade forma um único conjunto, e, em seus diversos grupos, se iguala. Enquanto a consciência pessoal é parcial

e moral, a consciência coletiva não tolera exclusões (HELLINGER, 2007).

Essa força sistêmica, que Hellinger designa de consciência coletiva, não é diretamente percebida por seus participantes e é justamente esta força que irá provocar os emaranhamentos sistêmicos, responsáveis pelas doenças graves, comportamentos de risco, acidentes, suicídios e conflitos em geral.

Em relação aos grupos externos, a consciência pessoal gera entre seus componentes a fidelidade, pois, agindo de acordo com a consciência do seu sistema, os participantes tendem a excluir as pessoas que não compartilham com a mesma visão de mundo. De modo geral, a boa consciência leva um indivíduo à prática de atitudes para com pessoas de outros grupos que jamais seriam permitidas dentro do seu próprio (HELLINGER, 2007).

Assim, se uma ofensa ideológica pode evocar o sentimento de fidelidade de uma pessoa com tamanho efeito, agressões físicas e assassinatos terão uma consequência exponencialmente superior. Uma ferida provocada contra um participante do grupo pode ativar uma profunda necessidade de vingança em um ou mais componentes. O amor que une uma família frequentemente contribui para que seus participantes ajam irrefletidamente, como se lhes fosse exigida uma obediência incondicional. Muitos participantes seguem, sem perceber, a lei implacável da justiça primitiva ou consciência coletiva - olho por olho, dente por dente - de maneira que um dano sofrido pode, em muitos casos, ser revivido de geração a geração, ou seja,

a identificação é como uma compulsão sistêmica da repetição. Tenta recriar e reproduzir o passado para fazer justiça a uma pessoa excluída. Essa justiça, porém, é primitiva e cega: não traz solução. Segundo sua dinâmica, pessoas que vem depois se enredam no destino de uma pessoa que veio antes. Ainda que seus atos sejam motivados pelo amor, elas assumem uma responsabilidade inadequada. Uma pessoa que vem depois nada pode fazer pela que veio antes, depois do fato consumado. Essa

justiça retroativa apenas mantém, indefinidamente, o desequilíbrio sistêmico (HELLINGER, 2006, p. 166).

Dentro de uma disputa, seja ela pessoal ou grupal, cada lado, ou cada indivíduo, é fiel ao seu grupo de referência e tem a sua própria boa consciência, que sustenta violências e até mesmo homicídios de ambas as partes.

Assim, “todo o grande conflito pretende remover algo do caminho. Em última análise, quer destruí-lo. Por trás desses conflitos atua a vontade de extermínio. De que forças ou medos ela se alimenta? – Ela se nutre, principalmente, da vontade de sobreviver” (HELLINGER, 2007) Diante de uma ameaça à vida, o ser humano reage pela fuga (medo) ou pela agressão (raiva) como modo de proteger-se.

Continuando o argumento, apoiado em Hellinger (2007), sabemos que o conflito doloroso/negativo pode levar a situações de desagregação social graves, é por isto que as sociedades lançam mão de recursos, meios de pacificação, de resolução, acordos, fronteiras, políticas, apoiados na legislação e jurisdição aceita pelas partes. Portanto, a representação jurídica busca manter os conflitos dentro de certos limites (HELLINGER, 2007). “Quando esses limites deixam de existir, como acontece na guerra, ou quando o poder da ordem desmorona, como nas revoluções, irrompe de novo a vontade arcaica de extermínio, com suas terríveis consequências” (HELLINGER, 2005, p.13-14).

Não é incomum ver manifestações de agressão e violação do outro, impaciência e ofensas, calúnias, mágoas, raiva de diversos modos, expressas sutil ou grosseiramente, nos mais diversos meios sociais. A destruição moral do outro é um ponto claro da vontade de afirmação de si e de extermínio do outro ou de sua alteridade, portanto, de sua dignidade.

Tal situação é praticamente inescapável aos indivíduos comuns que, por vezes, se encontram à beira de serem atacados e de responder com ataque. Violência gera violência e um ato justifica

o outro, gerando uma nova possibilidade para a violência que habita no ser humano.

Hellinger observa, contudo, que este não é o único motor da violência, “o outro é a própria necessidade de equilíbrio entre o que se dá e o que se recebe, entre ganhos e perdas, da necessidade de justiça” (HELLINGER, 2007, p. 15). De fato, a justiça tem este sentido, e nos sentimos muito frustrados e feridos quando há um desequilíbrio neste processo, nesta estabilização da troca no social.

Assim, “quando alguém nos faz algum mal, planejamos vingança. Isto é, para compensar queremos causar um mal também a essa pessoa. Isso decorre da necessidade de compensação, portanto, da necessidade de justiça” (HELLINGER, 2007, p. 15). Dessa forma, a vingança nasce neste contexto de equilíbrio do dar e receber, mas, enquanto vingança, tal ação traz consigo problemas intrínsecos, que são respostas de violência com motivação na raiva. Quando na vingança se ultrapassa a necessidade de compensação, traz-se um novo problema ao conflito e um novo desequilíbrio é trazido, basta ver as suas reverberações familiares que se apresentam por meio de dívidas e marcas carregadas inconscientemente herdadas dos anteriores. (HELLINGER, 2007). “Ao nos vingarmos, ultrapassamos a necessidade de compensação e justiça e causamos mais sofrimento e dano ao outro do que ele nos causou. Mas o outro também quer vingança e assim o conflito entre nós nunca tem fim” (HELLINGER, 2007, p. 15).

Toda tragédia tem, assim, sua origem na tensão entre a boa e a má consciência, “o conflito entre os dois lados reduz-se a um conflito entre duas boas consciências que se opõem” (HELLINGER, 2005, p.22). A percepção de um indivíduo dentro de um grupo é limitada, de modo que em ambos os lados estão seguros de que são detentores da razão, e que o outro deve ser eliminado.

Nesse contexto, como se pode, então, conquistar a paz? E a resposta é simples, é por meio do amor, pois “além dos conflitos que nascem da boa consciência e da vontade de sobrevivência, existe também entre os seres humanos um movimento para aproximar-se

dos de semelhantes, um anseio de ligação entre eles” (HELLINGER, 2007, p. 19). Um exemplo disso é o casamento, onde pessoas de grupos diferentes se unem em novos grupos, as diferenças procuram se unir, o que não deixa de ser algo complexo. Outra ligação é o intercâmbio entre o dar e o receber, a aproximação entre famílias, grupos e pessoas por meio das relações humanas, onde aprendem-se limites e possibilidades, com o sentimento de fazer parte da sociedade, úteis, valorizados, dignificados (HELLINGER, 2007).

Um bom intercâmbio, um bom sistema do dar e receber apenas faz crescer a satisfação e a vontade de apoiar o outro. Em geral um bom doador – doador de atenção, de respeito, dignidade, consideração, apoio, presença de espírito, solicitude – é alguém que geralmente colhe bons frutos disso e passa a ser uma pessoa agradável, que traz conforto e alegria e a tendência é que tal pessoa seja muito apoiada quando necessite.

Para Hellinger, a paz começa onde termina a vontade de extermínio, momento em que o indivíduo reconhece que não existem seres melhores e piores, todos estão enredados, nesse sentido, todos são iguais.

Quando sabemos e reconhecemos isso, quando sabemos que nossa consciência tolhe a nossa liberdade, podemos nos aproximar uns dos outros sem arrogância. Respeitando os limites que nos são impostos, podemos olhar mais longe e ultrapassar nossa boa consciência anterior, para nos encontrarmos mutuamente em algo maior. Aí começa a grande paz. (HELLINGER, 2007, p. 23)

O caminho para a paz é preparado por um amor aberto, leve, acolhedor, “o grande amor que está além do bem e do mal, além dos grandes conflitos” (HELLINGER, 2007, p. 23). A paz é o reencontro entre o que antes estava em oposição e o reconhecimento mútuo dos lados que se excluíam, de modo que fazem um luto conjunto pelas vítimas que até então se combatiam ou se destruíam (HELLINGER, 2003)

A resolução dos conflitos está, na maior parte das vezes, nas mãos das vítimas, pois uma força restabeecedora pode surgir quando elas aceitam os fatos como foram ou são, quando aceitam e reverenciam os seus destinos. Para encontrar a paz, faz-se necessária uma maior aceitação sobre como as coisas são, sobre como se mostra a realidade, pois, posicionar-se a favor de uns contra os outros não ajuda a caminhar para a reconciliação e solução dos conflitos. O efeito desta paz seria o reconhecimento de que todos são iguais e tem o mesmo valor.

Considerações Finais

Diante do estudo realizado, restou claro que conflitos sempre existiram e existirão, eles começam desde o nascimento e permanecem durante toda a vivência do ser humano, o que é bom, pois eles permitem a evolução, o aprendizado, o fortalecimento e o desenvolvimento de cada ser e da sociedade como um todo.

A resolução do conflito numa abordagem sistêmica permite a visualização para além do que se mostra e oferece uma grande oportunidade de crescimento das partes envolvidas.

Inevitável é o sofrimento, porém, cabe a cada um escolher a maneira como agir perante o conflito, buscando controlar e trabalhar as próprias emoções a fim de evitar o efeito catalisador referido no texto.

A forma de promover a paz começa na alma, no coração, pois cada um só pode entregar aquilo que possui, e além de um rosto sofrido, amargurado, rancoroso, há uma criança ferida que, acima de tudo, busca amor, reconhecimento, pertencimento.

Esse é o papel fundamental da Justiça, não apenas decidir quem está certo e quem está errado, mas fazer com que os conflitantes olhem para os seus problemas, para as suas relações, para os seus pais, para a sua vida com gratidão, aceitando o que foi, como foi, permitindo e se permitindo fazer mais e melhor, buscando o equilíbrio, o contentamento e a paz.

Diante disso, a visão sistêmica mostra a cada dia mais a sua importância e eficácia, para reconectar laços humanos rompidos, lidar com as dores e rupturas que dilaceram o ser humano, produzindo um novo sentido de justiça, embasada na paz, na compreensão e na aceitação dos destinos, respeitando o lugar, a presença, e o que cada um pode dar e receber, para o bem do seu próprio sistema, e da sociedade como um todo.

Referências

CAPRA, Fritjof. **A TEIA DA VIDA: UMA NOVA COMPREENSÃO CIENTÍFICA DOS SISTEMAS VIVOS**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CAPRA, Fritjof. LUISI, Pier Luigi. **A VISÃO SISTÊMICA DA VIDA: UMA CONCEPÇÃO UNIFICADA E SUAS IMPLICAÇÕES FILOSÓFICAS, POLÍTICAS, SOCIAIS E ECONÔMICAS**. Tradução: Maya Teruya Eichenberg, Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR E DO DIREITO SISTÊMICO**. Disponível em

CASTILHO, Carola. **ECOS DO PASSADO: TRABALHO TERAPÊUTICO SISTÊMICO EM CONSTELAÇÕES FAMILIARES**. Tradução: Tatiana Hedeke. 1ª Ed. Curitiba: Artêra: Appris, 2016.

DAHRENDORF, Ralf. **HOMO SOCIOLOGICUS**. Tradução de Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

DUARTE, Alice. **CONSTELAÇÃO FAMILIAR VEM TRANSFORMADO A JUSTIÇA BRASILEIRA**. Publicado em 14 de fevereiro de 2017. Disponível em <https://aliceduarte.com/2017/02/14/constelacao-familiar-vem-transformado-a-justica-brasileira/>. Acesso em 20 Set. 2017.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. **UM DIÁLOGO ENTRE EINSTEIN E FREUD. POR QUE A GUERRA?** Santa Maria: FADISMA, 2005.

FREUND, Julien. **SOCIOLOGIA DEL CONFLITO**. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **O mediador na resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas**. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.

GUEDES, Olinda. **ALÉM DO APARENTE – Um livro sobre Constelações Familiares**. 1ª Ed.. Curitiba, 2015.

HELLINGER, Bert. **A FONTE NÃO PRECISA PERGUNTAR PELO CAMINHO**. 2 ed. Brasileira. Patos de minas: Atman, 2005.

HELLINGER, Bert. **A FONTE NÃO PRECISA PERGUNTAR PELO CAMINHO**. Tradução: Eloisa G. Tironi & Tsuyuko Jinno-Spelter. 3ª Ed. Goiânia, GO: Atman, 2012.

HELLINGER, Bert. **A PAZ COMEÇA NA ALMA**. Patos de Minas: Atman, 2003.

HELLINGER, Bert. **CONFLITO E PAZ: UMA RESPOSTA**. Tradução: Newton A. Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele Ten. **CONSTELAÇÕES FAMILIARES: O RECONHECIMENTO DAS ORDENS DO AMOR**. Tradução: Eloisa Giancolli Tironi, Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert. **ORDENS DO AMOR – Um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. Tradução: Newton de Araújo Queiroz; revisão técnica Heloisa Giancoli Tironi, Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert. WEBER, Gunthard. BEAUMONT, Hunter. **A SIMETRIA OCULTA DO AMOR: POR QUE O AMOR FAZ OS RELACIONAMENTOS DAREM CERTO**. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. 6ª Ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

HELLINGER, Bert; HOVEL, Gabriele T. **CONSTELAÇÕES FAMILIARES**. São Paulo: Cultrix, 2006.

PELIZZOLI, Marcelo L. **VISÃO SISTÊMICA COMO BASE DOS PROCESSOS CIRCULARES E DA RESTAURAÇÃO.** Revista eletrônica Cultura de paz: processo em construção. Organização Suzana Damiani, Cláudia Maria Hansel, Maria Suelena Pereira de Quadros. Caxias do Sul, RS: Educs, 2017.

RANAL, Marli Aparecida. CAMPO DE RESSONÂNCIA SISTÊMICA: FRUTO DA IMAGINAÇÃO OU REALIDADE? 1ª Ed. Uberlândia, MG: M. A. Ranal, 2017

TUTU, Desmond. LAMA, Dalai. ABRAMS, Douglas. **CONTENTAMENTO: O SEGREDO PARA A FELICIDADE PLENA E DURADOURA.** 1ª Ed. Principium, 2017.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **PENSAMENTO SISTÊMICO: O NOVO PARADIGMA DA CIÊNCIA.** 10ª ed. Campinas, SP: Papirus, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **A RUA GRITA DIONÍSIO! DIREITOS HUMANOS DA ALTERIDADE, SURREALISMO E CARTOGRAFIA.** Tradução e organização de Vivian Alves de Assis, Júlio César Marcelino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **SURFANDO NA POROROCA: O OFÍCIO DO MEDIADOR.** Vol. III. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2004.

A mediação como instrumento alternativo de resolução de conflitos nas demandas previdenciárias

Joicemar Paulo Van Der Sand¹

Gilmar Antonio Bedin²

Considerações Iniciais

O objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade do uso da mediação na solução dos conflitos no âmbito do direito previdenciário. É visível o aumento das demandas previdenciárias e o prolongamento dos litígios devido a imensidão das demandas que permeiam o poder judiciário, logo, a busca de alternativas é urgente

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo-RS, Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI – Mestrado.

² Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1989) e Mestre (1994) e Doutor (2001) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Atualmente, está fazendo Estágio de Pós-Doutorado na Universidade de Santiago do Chile. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Estado, Direito Constitucional e Direito Internacional Público. Foi Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão (1999-2004) e Reitor (2005-2010) da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ e Presidente do Consórcio das Universidade Comunitárias do Estado do Rio Grande do Sul - COMUNG (2006-2008). Atualmente, é professor permanente do Curso de Graduação em Direito e do Curso de Mestrado em Direitos Humanos Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e do Curso de Graduação em Direito, do Curso de Mestrado e do Curso de Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI). É líder do grupo de pesquisa Direitos Humanos, Globalização e Equidade e autor, organizador e tradutor de vários livros.

e necessária, principalmente considerando a natureza dos direitos previdenciários, que possuem caráter alimentar.

Diante disso, através do estudo bibliográfico, apoiando-se num método dedutivo, busca-se analisar, ainda que de forma sintética, os principais meios alternativos de solução de conflitos, fundamentalmente a mediação e possibilidade da aplicação desta (mediação) na seara do direito previdenciário.

Nesse contexto, o capítulo está estruturado em três partes: na primeira, uma breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos, da autotutela para a heterocomposição, fundamentalmente a diferenciação entre a conciliação, arbitragem e a mediação; na segunda parte, um estudo sobre o instituto da mediação, considerando os ensinamentos do catedrático Luiz Alberto Warat e por fim, uma análise da mediação no âmbito previdenciário, destacando-se alguns dos instrumentos – leis e portarias, que podem impulsionar a utilização da mediação para a solução dos conflitos nas demandas previdenciárias.

1 O Acesso à Justiça e os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

É indiscutível que o “acesso à justiça” é uma das preocupações constantes da processualística contemporânea, caracterizando-se num tema de relevância e debatido pelas várias correntes de pensadores e todos aqueles que permeiam no ramo do direito, fundamentalmente na atividade jurisdicional. É enorme a quantidade das demandas apresentadas anualmente pela população e a questão do acesso à justiça tem sido preocupação, principalmente, desde o advento da Constituição de 1988, que primou pelos direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

A expressão “acesso à justiça”, na compreensão de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 08), serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios

sob os preâmbulos do Estado. Primeiramente que o sistema deve ser igualmente acessível a todos, e segundo deve produzir resultados que sejam individualmente ou socialmente justos. Assim sendo, uma premissa básica para a justiça social desejada pelas sociedades contemporâneas, pressupõe o acesso efetivo à justiça (apud, JÚNIOR & KENDRA, 2015).

Assim sendo, é cada vez maior a busca dos meios alternativos para a solução de conflitos, principalmente que venham possibilitar maior celeridade, menor dispêndio e principalmente uma decisão em que as partes possam participar efetivamente do debate na busca de uma solução equilibrada e mais harmoniosa, de forma a evitar cicatrizes drásticas entre os conflitantes.

Nessa evolução, a resolução dos conflitos foi tratada e solucionada de diversas formas, primeiramente pelo instituto da Autotutela (reprovável), cuja característica era o uso da força física pelas partes (totalmente reprovável); depois pela Autocomposição, através da ação das próprias partes, e, por fim a heterocomposição, cuja solução é buscada com a atuação de um terceiro e que é oriunda desse amadurecimento das relações jurídicas e das normas do Direito, bem como, com o aparelhamento do Estado no atendimento às demandas da sociedade.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro passou a aceitar que a lide entre as partes viesse a ser solucionada por um terceiro, seja este um conciliador, um árbitro ou um mediador, cada vez mais utilizados pelo Estado para dirimir a pretensão resistida existente entre as partes e mais rapidamente buscar a pacificação e a extinção do litígio. Este terceiro, profissional capacitado e investido na posição de conciliador, mediador ou árbitro, irá agir com imparcialidade e ponderadamente buscar o equilíbrio entre os interesses das partes envolvidas, cujo objetivo é a transação, ou seja, a negociação consensual entre os conflitantes, onde cada um, através de concessões recíprocas, se dispõem a ceder e encontrar um ponto de equilíbrio que permita a celebração de um acordo.

Diante disso, substituiu-se a autotutela pela composição por um terceiro, o que fez surgir no ordenamento legal brasileiro os meios alternativos de resolução de conflitos, positivados através do Código de Processo Civil, que buscou acompanhar esta tendência de estruturação do Estado, tornando obrigatória a audiência de conciliação e mediação antes da contestação a ser oferecida pela parte demandada.

Além disso, a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, incumbindo aos tribunais o dever da criação dos Centros Judiciários de solução de Conflitos e Cidadania para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, inclusive, os Tribunais.

Importante salientar que o objetivo desses meios alternativos, vai além de desafogar ou de dar maior agilidade aos processos e demandas do judiciário. O ideal maior está no aperfeiçoamento das relações humanas, da cidadania, da consciência do ideal de justiça, ou seja, busca aproximar mais os cidadãos entre si ou com as empresas e instituições, fazendo-o entender seu papel de agente reivindicante de transformação e de fiscalização do bem público, social e coletivo.

Ao abordarmos os meios alternativos de resolução de litígio, necessário destacar que a conciliação diz respeito efetivamente ao problema que é a razão do conflito – não é a falta de comunicação que impede o acordo, por isso é um instrumento adequado para a efetivação do princípio da razoável duração do processo, pois contribui para a celeridade processual. Desta forma, o ideal é que a mesma seja apresentada na primeira oportunidade que se tenha para falar nos autos, desde que não seja necessária a produção de provas adicionais. Não obstante, a conciliação pode ser tentada a qualquer tempo, em qualquer grau jurisdicional, inclusive, ser

formulada na fase de execução, após o trânsito em julgado, quando necessária à liquidação do título executivo judicial.

A arbitragem ocorre quando as partes não resolveram de modo amigável a questão e permitem a um terceiro, o árbitro, conhecedor da matéria discutida, que decida a controvérsia, cuja decisão tem força de sentença judicial e da qual não cabe recurso. Importante frisar que a arbitragem está disciplinada através da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que organiza e determina o comportamento do árbitro no alcance da pacificação entre as partes. Além disso, o artigo 31, da Lei nº 9.307/96 define que sendo a sentença arbitral de natureza condenatória, constitui título executivo judicial.

Por fim, a mediação, que é o tema central deste estudo, tem relevante importância por ser um instituto ainda em desenvolvimento e implantação no nosso sistema jurídico processual, com uma nova legislação em vigência – a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, assumindo contornos importantes para a melhoria da discussão, das propostas e do consenso entre as partes, cuja abordagem será o tema do capítulo que segue.

2 A Mediação como Forma de Resolução de Conflitos

Como mencionamos, é indubitável o grande aumento dos litígios e discussões levadas ao poder judiciário na atual sociedade contemporânea. Diante desse abarrotamento do poder judiciário, diferente das formas comuns de solução destes litígios que vemos hoje, onde um juiz diz quem tem a razão e quem é o perdedor, o que se busca cada vez mais é uma solução menos prejudicial às partes, uma solução que sirva para ambas as partes e bem vista pela comunidade.

Nesse contexto, a mediação, com o auxílio da figura do mediador, tem por objetivo facilitar o diálogo entre partes envolvidas em um conflito, e, que pode ou não estar vinculada ao sistema judicial tradicional, o que possibilita a esses partícipes, o melhor entendimento sobre seus direitos, de maneira que possam

elaborar e alcançar por si, a melhor forma para tratamento de seus próprios conflitos (VEZZULLA, 2006, p. 69).

O instituto da mediação, muitas vezes, é considerado como uma alternativa ao processo judicial, entretanto, não se pode aceitar essa ideia, uma vez que ela pode ser empregada de forma incidental no próprio processo ou autonomamente à ele (MELEU, 2014).

Um aspecto importante é que a mediação, de forma diversa aos demais métodos de resolução dos conflitos, leva em conta todos os elementos envolvidos, estuda com profundidade os casos e os indivíduos antes de apresentar as opções de solução para as demandas. A mediação busca viabilizar a pacificação com a efetiva participação das partes envolvidas, pois eles é que irão dar a resposta para que os conflitos possam ser dirimidos, inclusive, a forma como serão administrados.

A mediação, nesse sentido, auxilia o estabelecimento de um clima de confiança e respeito entre os conflitantes, minimizando os danos psicológicos (MOORE, 1998, p. 28). Por esse motivo, a mediação deve propiciar o ganho mútuo e isso ocorre pelo estímulo a um diálogo participativo, uma vez que "pelo diálogo, até os conflitos mais difíceis se resolvem e todos ganham com isso. O processo não envolve litígio nem desgaste emocional. É uma experiência agradável" (LEVINE, 1998, p. 21). Ela está envolta em princípios/características próprias como: a voluntariedade, confidencialidade, flexibilidade e participação, bem como, a privacidade, economia financeira e de tempo, oralidade, reaproximação das partes, autonomia das decisões e equilíbrio das relações entre as partes (MORAIS, 2008, p. 134-137).

O grande objetivo da mediação é que as partes envolvidas tenham discernimento e autoconhecimento suficiente para que decidam, de forma livre e responsável, o destino de controvérsias que só lhe dizem respeito, pois a "prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia" (MORAIS, 2008, p. 134-137).

Ao se realizar esse procedimento, ocorrem três aspectos interessantes para a sociedade: os acordos firmados pelos mediados

é na grande maioria dos casos cumprido, as partes saem da disputa sem ressentimentos ou animosidades, e, por fim, ao participarem da solução exercem de fato sua cidadania, tornando-se responsáveis pela solução e gerenciamento de seus conflitos, ou seja, saem mais fortalecidos e preparados do processo.

Para o catedrático Luis Alberto Warat, a mediação pressupõe um clima hedonista, ou seja, pressupõe à ternura, o afeto, a solidariedade, o amor, o prazer, a disponibilidade para com o outro, nesse aspecto, rechaça valores e atitudes egoísta, pensando somente em si e esquecendo-se dos sentimentos do outro. Segundo ele, “a outriedade define a natureza da relação ética que une cada homem com seus semelhantes”. (WARAT, 2004, p.140).

Isso porque, a mediação é "uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal." (WARAT, 1999, p. 5). Por essa razão, Warat não concebe a mediação como forma de composição com o intuito de se chegar a um acordo, tal prática já vinha, a muito tempo, sendo denunciada por ele, que ressaltava que "a mentalidade jurídica termina convertendo a mediação em uma conciliação" (WARAT, 2001, p. 89).

Assim, como mecanismo alternativo de caráter extrajudicial e autônomo, a mediação privilegia a conciliação entre as partes e o restabelecimento das relações sociais. A função do mediador é conduzir os envolvidos na busca da compreensão dos pontos fracos e fortes de seu problema, a fim de criar uma solução onde todos ficarão satisfeitos. Portanto, o principal objetivo não é a busca do direito a ser aplicado ao conflito, mas, buscar o apaziguamento das partes conflitantes, percebendo-se que tais partes são indivíduos sociais e assim encontrar uma solução que seja boa para ambos.

A mediação tem características peculiares, como o sigilo, pois não tem o aspecto da publicidade, como ocorre na justiça comum; apenas as partes envolvidas e o mediador têm acesso aos dados referentes à controvérsia e à solução dada pelo processo de mediação; outra peculiaridade é a informalidade que serve para aproximar as

partes, pois, a formulação dos pedidos não requer o formalismo da justiça comum; as discussões, os requerimentos e as sugestões que as partes querem fazer são feitos de forma verbal, aproximando os interlocutores, ao contrário do formalismo operante no procedimento judicial, que afasta as partes umas das outras, inclusive, do Juiz.

Além disso, temos o baixo custo do procedimento de mediação, resultante do fato de que o único gasto financeiro é para com a figura do mediador, o qual deverá ser pago por ambas as partes. Diferentemente do processo judicial não há despesas, não há custas e nem mesmo honorários advocatícios a serem pagos, quando a participação de advogados é facultativa. Outro aspecto interessante é a celeridade, resultado da própria informalidade dos procedimentos, pois quanto menor a discussão e animosidade das partes, maior celeridade será obtida. A redução do desgaste emocional das partes é efetiva pois o mediador tem a capacidade de facilitar a conversação dos indivíduos, buscando uma solução pacífica, sem cargas emocionais ou ressentimentos, ou seja, chegar a um acordo e até voltar a se relacionar como se nada tivesse ocorrido entre eles.

Portanto, na mediação, o resultado faz mais do que resolver um conflito, pois transforma adversários em colaboradores, estimula e vitaliza a comunicação entre os indivíduos, de modo a proporcionar aquilo que o processo judicial não possui condições de oferecer: a celeridade e a satisfação entre as partes que, dessa forma, poderão restabelecer as suas relações. Warat, leciona que:

Nesta perspectiva, faz-se necessário perceber que a justiça acompanha a evolução do Homem dentro de suas necessidades, resultantes da evolução tecnológica, social, política, jurídica e econômica, sendo necessário uma adaptação, eis que faz parte de qualquer processo evolutivo o aumento da procura por soluções eficazes, as quais podem ser obtidas não apenas por meios estatais, mas pela própria participação dos litigantes, através de meios alternativos. (WARAT, 2002)

Importante destacar que a mediação não é uma justiça alternativa, mas um meio alternativo, pois coexiste com a atividade jurisdicional, buscando nela o amparo legal e não somente interpretações alheias às normas pré-estabelecidas. O objeto da mediação é educar e ajudar a identificar as diferenças, bem como, proporcionar a tomada de decisões sem que haja necessidade de um “terceiro” para decidir a questão pelos indivíduos, simbolizando, portanto, um instrumento prático de exercício da cidadania.

Assim sendo, percebe-se facilmente, que a mediação surge como instrumento que promove a autonomia do indivíduo, induzindo-o ao pleno exercício de sua cidadania e por conseguinte a concretização da democracia.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015, prestigiou o instituto da conciliação e mediação, elevando a função de conciliador e mediador como auxiliares da justiça, porém, na via contrária a Lei de Mediação, define que a audiência de conciliação ou mediação, em regra é obrigatória, podendo as partes em consenso, desistirem desta fase processual, diferente da Lei de Mediação, que determina que não pode ser dispensada pelas partes a reunião de mediação, e, por ser uma lei específica, torna obrigatória sua realização, após o juízo do magistrado quanto a ação judicial.

Sob essa perspectiva, Warat, evocando Kelsen, postula “[...] a la mediación como norma fundamental gnoseológica. Esto quiere decir, como una ficción negociada” (WARAT, 1997). Ou seja, tal norma fundamental gnoseológica poderia ser enunciada da seguinte forma: “Si la comunidade científica negocia, mediado por la instancia epistemológica, la verdad de determinados enunciados, entonces, esos enunciados son confeccionados como verdaderos” (WARAT, 1997). Portanto, para Warat, a mediação é um instituto processual que ganha espaço significativo, caracterizando-se na prática jurídica que pode ser aceita para a resolução dos conflitos. Warat coloca a mediação como cerne de uma profunda transformação dos mecanismos e concepções referente ao tratamento dos conflitos. Para ele, nos procedimentos e no espaço

construído pela mediação, a única lei que comanda o processo integrativo entre as partes é a lei do desejo e não a normatividade, pois, o que se interpreta na mediação é o conflito do desejo, ou seja, se administra as diferenças no desejo (WARAT, 1997).

Por esse motivo, o segredo da mediação para Warat é simples:

[...] tão simples que passa despercebido. Não digo tentemos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa). O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas. Quando as pessoas interpretam (interpretar é redefinir), escondem-se ou tentam dominar (ou ambas as coisas). Quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem. Os sentimentos sente-se em silêncio, nos corpos vazios de pensamentos. As pessoas, em geral, fogem do silêncio. Escondem-se no escândalo das palavras. Teatralizam os sentimentos, para não senti-los. O sentimento sentido é sempre aristocrático, precisa da elegância do silêncio. As coisas simples e vitais como o amor entende-se pelo silêncio que as expressam. A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta mediação (WARAT, 2004, p. 26).

Warat, ressalta que fazer mediação nada mais é do que viver, ter o direito de ficar só, mas também, o direito de compartilhar com

o outros nossas angustias e aflições. Para que isso ocorra, tem-se que começar a utilizar a linguagem do coração, do amor e do desejo e o mediador necessita ter a sensibilidade para auxiliar as partes envolvidas no conflito para que as mesmas ouçam a “melodia que chega da camada oculta da segunda linguagem como a possibilidade de conversão do conflito” (WARAT, 2004, p. 29).

Nesse contexto, o mediador é um indivíduo da comunidade, que abre mão do poder dos iguais, que busca o método do diálogo e não violência e que possui como objetivo uma vitória tripla (das partes e da sociedade, pelo êxito da mediação), pois normalmente pensamos somente os dois lados em conflito, mas é o olhar externo (terceiro), que possibilita uma melhor avaliação, de forma mais isenta e fazendo com que as partes conversem, e se manifestem a respeito de seus interesses. Portanto, o “terceiro” não julga autoritariamente o certo e o errado, mas mostra caminhos através da persuasão, que vão ao encontro com a vontade das partes e que serão benéficos para elas e para a comunidade.

As partes devem se descobrir, contudo, tal descoberta pode levar algum tempo, por isso, na mediação não é recomendado utilizar o tempo de Chronos, que pode ser medido, mensurado, mas o tempo em que existe Kairós, uma vez que essa descoberta aponta para a sensibilidade, pois “a mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça, a partir de outra sensibilidade, refinada e ligada com todas as circunstâncias, não só o conflito, mas do cotidiano de qualquer existência” (WARAT, 2004, p. 31).

Sob esse viés, a mediação também pode ser entendida como uma terapia, a terapia do reencontro, ou seja, “uma forma alternativa (com o outro) de intervenção nos conflitos” (WARAT, 2004, p. 69).

Nesse sentido, a mediação é o acesso à justiça e o exercício da cidadania, pois além de resolver o conflito também educa, facilita e ajuda a produzir as diferenças e a tomada de decisões sem a intervenção de terceiros para decidir pelas partes, ou seja, os indivíduos têm autonomia de decisão e de cidadania.

3 A Mediação Previdenciária

No âmbito previdenciário, a mediação, aos poucos vem ganhando destaque na solução das demandas entre os segurados e a autarquia previdenciária, principalmente após o advento da Lei nº 13.140/2015, que dá um novo escopo processual a Procuradoria Federal no que tange a uma resposta mais célere e simplificada quanto as demandas judiciais (PÁGIO, 2016).

Antes de analisarmos acerca da mediação previdenciária é importante destacar que o sistema de Previdência Social, apresenta conflitos no âmago da sua existência, pois as discussões relativas à Previdência Social estão vinculadas tanto ao contexto mais geral do desenvolvimento do capitalismo, como à relação Estado/mercado/sociedade e às lutas e organização dos trabalhadores e atores mobilizados, como os aposentados, para a conquista ou defesa de seus direitos (FALEIROS, 2000). Além destes, podemos citar os trabalhadores rurais que também tem permanecido organizados e ainda lutam para a defesa e garantia dos seus direitos conquistados com o advento da Lei nº 8.213/91, a chamada “Lei de Benefícios da Previdência Social”.

A história da Previdência Social no Brasil mostra a existência de conflitos e acordos desde a implementação do seguro de acidentes de trabalho em 1919 (Lei Adolpho Gordo), com embate das posições defendidas pelos empresários (liberais, católicos e modernizantes) e dos trabalhadores (anarquistas, socialistas, católicos). Não foi diferente a criação das Caixas de Aposentadorias (CAPs) para os ferroviários em 1923 (Lei Eloy Chaves), que também foi objeto de conflitos e acordos de forças ideológicas entre as classes envolvidas, bem como, as diversas leis que foram criadas à partir da promulgação da Constituição de 1988, que incorporou o conceito de seguridade social para a cobertura dos riscos de doença, velhice, incapacidade e “necessidades sociais”, através da universalização do acesso à saúde e da Seguridade Social, ou seja, introduziu e ampliou

os direitos previdenciários hoje existentes, sempre foi originada após embates entre trabalhadores, empresários e a classe política.

Ao retomarmos o tema da mediação, o primeiro aspecto que deve ser considerado em relação aos conflitos previdenciários é o caráter alimentar dos benefícios da Previdência Social, ou seja, o direito à proteção previdenciária, nos benefícios por incapacidade laborativa, por exemplo, é de caráter urgência, pois ao ser indeferido o benefício o cidadão alcança a situação de permanecer afastado do trabalho, logo, sem salário e sem o benefício, cuja obrigação é do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

Diante disso, ao instituir-se o conflito pelo direito previdenciário, temos de um lado a parte hipossuficiente (o segurado) e de outro lado o INSS (o Estado), que dispõe de todo o aparato para a implementação dos seus objetivos, ou seja, um conflito com uma disparidade entre as partes e que, ao mesmo tempo são dependentes entre si, pois o cidadão necessita do Estado e vice-versa.

Nas demandas previdenciárias, a competência e legitimidade para transacionar representando a instituição do INSS é da Advocacia Geral da União, representada pela sua Procuradoria Federal, que atua na defesa dos interesses do ente público. Assim sendo, a Procuradoria Regional do INSS de cada Estado tem a prerrogativa de analisar as demandas acusatórias e responder acerca daquele caso específico que está sendo pleiteado um direito ao benefício, a assistência social, etc.

Nesse contexto, a Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, que criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, disciplinou no artigo 2º, inciso VIII, a possibilidade da promoção da mediação e a conciliação, fato que possibilitou a criação da comissão de mediação na Procuradoria Federal, em parâmetro de igualdade e referência com a comissão instituída na autarquia Previc, que tem competência para mediar, conciliar ou arbitrar conflitos inerentes à relação previdenciária complementar. Assim sendo, a Previc possui uma Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem - CMCA, criada nos termos da

Instrução nº 07, de 2010, apta a dirimir as controvérsias, no interesse de todas as partes envolvidas, e, sobretudo, do Sistema de Previdência Complementar Fechada (PÁGIO, 2016).

Além disso, o Decreto nº 7.075, de 26 de janeiro de 2010 e a Portaria nº 183, de 26 de abril de 2010, do Ministério da Previdência Social, atribuíram competência à Procuradoria Federal para promover a mediação, conciliação e arbitragem no âmbito da Previc, a ser exercida de acordo com o Regulamento de Mediação, Conciliação e Arbitragem - CMCA. Na verdade, este Regulamento institui a denominada “arbitragem institucional” que é processada pelas regras de um órgão arbitral, alcançando as entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores (PÁGIO, 2016).

Considerando o grande volume de demandas previdenciárias, seria de relevância que a Procuradoria Federal, pudesse dispor de uma comissão com as mesmas competências e poderes, para enxugar o excesso de burocracia no processo e estimular um acordo efetivo para assegurar a continuidade, regularidade e confiabilidade do serviço público. Nesse sentido, a autarquia do INSS poderia realizar reuniões de mediação com o propósito de aproximar as partes envolvidas e esclarecer os pontos relacionados, a lide, a adequação à legislação e preparar propostas que sejam condizentes com as necessidades das partes (PÁGIO, 2016).

O Procurador investido nessa comissão faria um parecer com base na legislação e jurisprudência, submetendo-o à sua chefia regional para que se operasse o reconhecimento do direito, conforme a portaria nº 2, de 2 de abril de 2014, a qual regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da União e dos órgãos de execução subordinados, a celebração de acordos com finalidade de suspender ou terminar processos administrativos e ações judiciais, ou ainda, prevenir a propositura destas, relativamente a créditos da União, e dá outras providências (PÁGIO, 2016).

Importante destacar, para fins de conhecimento mais aprofundado sobre a participação da Procuradoria Federal, que a

competência originária para celebração de acordos judiciais é conferida ao Advogado-Geral da União (inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73/1993 e art. 1º da Lei nº 9.469/1997). Através da Portaria AGU nº 990/2009, o Advogado Geral da União delegou ao Procurador-Geral Federal a possibilidade de regulamentar os acordos e transações, assim como subdelegar. Daí se originou a Portaria PGF nº 915/2009, que é a regulamentação do tema na esfera da Procuradoria Geral Federal, constando os requisitos formais para celebração de acordos.

Como visto, há possibilidades da mediação nos conflitos previdenciários, embora os procuradores estejam adstritos às normas e portarias, como é o caso da Portaria AGU nº 109/2007, que define as regras para validação do acordo na audiência de conciliação ou numa transação, cujo artigo 3º, assim estabelece:

Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:

I - houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada; e
II - inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado.

§ 1º A inexistência de controvérsia quanto ao fato deve ser verificável pelo advogado ou procurador que atua no feito pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, e a inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado deve ser reconhecida pelo órgão consultivo competente, mediante motivação adequada em qualquer das situações.

§ 2º Os valores envolvidos nas conciliações e transações não poderão exceder ao teto previsto no art. 3º, § 2.º, da Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, observado o disposto no art. 260 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2007).

Além disso, o Manual de Conciliação da Procuradoria Geral Federal – PGF, também informa que a alteração que foi introduzida pelo § 5º do art. 3º da Portaria AGU nº 109/2007, permite a realização de acordo nas hipóteses de ausência de requerimento

administrativo, sendo faculdade do Procurador solicitar a suspensão do processo para que a Administração faça a análise necessária:

§ 5º Na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários ou outros direitos, o advogado ou procurador poderá solicitar ao juízo a suspensão da ação pelo prazo necessário para a administração analisar o pedido, o qual, se deferido, deve ser comunicado ao Poder Judiciário (BRASIL, 2007).

Todavia, cabe atentar o procurador que os requisitos previstos na Portaria AGU nº 109/2007, não são exaurientes, devendo o Procurador ter atenção às orientações e normas que disciplinem de forma específica a questão que for objeto da lide. A celebração de acordos não pode contrariar as orientações da AGU, da PGF ou da Procuradoria Federal junto à entidade representada (PÁGIO, 2016).

A Portaria PGF 258/2016, publicada no DOU de 26/04/2016, orienta a atuação dos órgãos de execução da Procuradoria Geral Federal em relação aos processos que tratem da concessão ou restabelecimento de benefícios previdenciários por incapacidade, que trata a Lei nº 8.213/91 e estabelece diretrizes para a celebração de acordos judiciais e atuação recursal e assim o Procurador Federal está autorizado celebrar acordo judicial, reconhecer o pedido e deixar de recorrer com base no laudo do perito judicial que concluir pela incapacidade do segurado.

Nesse sentido, também é relevante destacar que o art. 44, da Lei da Mediação, alterou os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, no que tange ao poder do Advogado e do Procurador Geral da União, que passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º. O Advogado Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.

Vale lembrar, que o acordo homologado judicialmente torna-se título executivo judicial, cabendo ao procurador adotar as medidas necessárias ao seu cumprimento, de forma a dar credibilidade à conciliação e ou a transação (PÁGIO, 2016).

Considerando o tema envolvendo o cidadão e o ente público, a Lei de Mediação, Lei nº 13.140/2015, trouxe imensa contribuição no sentido de possibilitar a realização da transação nas controvérsias que envolvem a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações, disciplinando nos artigos 35 a 40, que:

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

[...]

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. (BRASIL, 2015).

Para corroborar, uma Ementa do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que podemos perceber que o poder judiciário vem buscando obedecer a inovação do CPC no rito processual em relação à audiência de conciliação e mediação, vejamos:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **PREVIDENCIÁRIO** E PROCESSUAL CIVIL. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. **CONCESSÃO DE BENEFÍCIO** E DANOS MORAIS. VALOR DA CAUSA SUPERIOR A 60 SALÁRIOS-MÍNIMOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DE MÉRITO. DECISÃO SURPRESA. 1. É admissível a cumulação do pedido de indenização por danos morais com os pedidos de concessão e de pagamento de parcelas do benefício previdenciário. 2. Considerando que o valor total da causa é superior ao equivalente a sessenta salários mínimos na data do ajuizamento, competente o rito comum ordinário da Justiça Federal para o julgamento da demanda. 3. **Na fase inicial do processo, de ajuizamento da demanda, não pode o julgador singular proferir um julgamento antecipado parcial de mérito sem antes observar o procedimento estabelecido pelo novo CPC, que assim o permite quando das providências preliminares e do saneamento, admitidos no procedimento após a fase da realização, nas hipóteses em que cabíveis, nas audiências de conciliação ou mediação, ou da contestação do réu.** 4. [...] (TRF4, AG 5062857-52.2017.4.04.0000, SEXTA TURMA, Relator ARTUR CÉSAR DE SOUZA, juntado aos autos em 18/12/2017). In:

Nesse contexto, a Mediação como mecanismo consensual de solução dos litígios na área Previdenciária, tem muito a enriquecer com a experiência que está por vir dos procuradores, advogados, defensores públicos e mediadores na busca pela melhor gestão processual para a construção de acordos e na proliferação de uma cultura jurídica voltada para a aplicação constante dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Considerações Finais

Numa sociedade com enormes demandas reprimidas na área social, que tem o acesso à justiça como princípio basilar, torna-se fundamental que possamos evoluir com a produção acadêmica e científica. Assim tentou-se desenvolver no presente artigo, um breve estudo sobre os meios alternativos de solução de conflitos e focar a aplicabilidade do instituto da mediação no direito previdenciário.

Nesse contexto, assimilamos que evoluímos da autotutela para a heterocomposição, cuja evolução marca o amadurecimento das relações jurídicas e das normas do Direito, bem como, com o aparelhamento do Estado no atendimento às demandas da sociedade. Diante disso, a intervenção de um terceiro na solução da lide passou a se tornar a forma alternativa de solução do conflito, atualmente caracterizada pelos institutos da conciliação, da arbitragem e da mediação.

O instituto da mediação, indubitavelmente se caracteriza na forma mais atraente, pois vem ao encontro da celeridade, do exercício da cidadania pelas partes e principalmente numa solução que visa a harmonia entre os conflitantes, pois além de solucionar o litígio busca restabelecer o relacionamento entre as partes, como se o conflito não tivesse acontecido. Nesse sentido, as lições de Luiz Alberto Warat são importantíssimas e fomentadoras para a disseminação do instituto da mediação.

Por fim, ao enfocar a mediação previdenciária, objetivo central deste trabalho, embora estejamos numa relação que envolve o cidadão (segurado) e o Estado (INSS), vimos que há possibilidades da utilização deste instituto para a solução dos conflitos, principalmente considerando a existência dos **instrumentos – leis e portarias, que disciplinam a possibilidade dos Procuradores Federais a realizarem a conciliação e mediação nas demandas previdenciárias.**

A esperança é de que as diversas Leis e Portarias sejam aplicadas pelos representantes da Autarquia Federal, como forma de seguir uma das normas basilares do Código de Processo Civil de 2015, a de resolução consensual dos conflitos.

Referências

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil.

_____. Lei nº 9.307/1996. Dispõe sobre a arbitragem. D. O. U de 24/09/1996.

- _____. **Lei nº 13.140/2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. D.O.U. de 29/06/2015.
- _____. **Decreto nº 7.075/2010.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, revoga o Decreto nº 606, de 20 de julho de 1992, e dá outras providências. D.O.U. de 27/01/2010.
- _____. **Portaria AGU nº 109/2007.** Nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais a União será representada pelas Procuradorias da União e, nas causas previstas no inciso V e parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993, (causas de natureza fiscal) pelas Procuradorias da Fazenda Nacional e a representação das autarquias e fundações federais incumbe à Procuradoria-Geral Federal e à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nas respectivas áreas de competência.
- _____. **Portaria MPS nº 183/2010.** Aprova o regimento interno da superintendência nacional de previdência complementar – PREVIC. D. O. U de 27/04/2010.
- _____. **Resolução CNJ nº 125/2010.** Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário e dá outras providências.

BROWN, Bill apud LEVINE, **Stewart. Rumo à Solução: como transformar o conflito em colaboração.** Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora Cultrix, 1998.

FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social do Estado capitalista.** São Paulo: Ed. Cortez, 2000. In: http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/287. Acesso em dez/2017.

JÚNIOR, Ademar Pozzatti; KENDRA, Veridiana. **Do conflito ao consenso: a mediação e o seu papel de democratizar o direito.** Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM, 2015. v. 10, nº 10. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/19760/pdf>. Acesso em dez/2017.

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

MELEU, Marcelino. **Jurisdição comunitária: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.** Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 27.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134-137.

PÁGIO, Leonardo Saraiva. **A Mediação Previdenciária.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46026/a-mediacao-previdenciaria>> acesso em: 23 dez. 2017.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar.** Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 18.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, família, escola e lei: a mediação de conflitos.** Lisboa: Agora Comunicação, 2006, p. 69-70.

WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo: A mediação no direito.** Florianópolis: ALMED, 1998. p.11-12.

_____. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 140.

_____. **O Ofício do Mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001, p.89.

_____. **Semiotica ecologica y derecho: los alrededores de una semiótica de la mediación.** Argentina: 1997.

A inconsonância entre a norma e o amor no que tange às famílias poliamoristas

*Denise Lacortte*¹

*Leonel Severo Rocha*²

Considerações Iniciais

O Direito acompanha a humanidade desde o momento em que esta espécie viva conseguiu diferenciar-se das demais, obtendo a capacidade de pensar acerca de si própria e do mundo ao seu redor. Os indivíduos passaram a se relacionar, a se unir, formando, dessa forma, suas famílias. E o que leva, normalmente, a essa aproximação é um sentimento denominado amor.

¹ Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade IDC – Instituto de Desenvolvimento Cultural; Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santiago; Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo; E-mail: adv_deniselacortte@hotmail.com

² Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982), Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) e Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), bem como é Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), Professor Visitante da Furb. Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq.Preside a Comissão de Direito do PROEX. Consultor da Capes e da Fapergs.Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, trabalhando principalmente os seguintes temas: Teoria dos Sistemas Sociais e Teoria do Direito.

Contudo, quando uma pessoa direciona seu afeto para um, dois, ou mais indivíduos, gerando núcleos distintos e concomitantes, verifica-se o poliamor. Nesses relacionamentos encontra-se fidelidade, continuidade da união, participação de esforços, notoriedade pública e a posse do estado de casado.

O Brasil, enquanto um Estado que defende a dignidade da pessoa humana e a liberdade, em sua Carta Magna, limita o direito de escolha da formação da unidade familiar ao não admitir o poliamor. Os costumes e a moral acabaram por restringir a liberdade de amar e o legislador acompanhou essa restrição, estipulando a união monogâmica.

Não se pode negar que os novos modelos familiares apontam implicações para a esfera judicial que, se não positivadas e regulamentadas, causam dilemas em diversas áreas do direito como previdenciário, assim como no campo cível, em especial, na órbita do direito de família e sucessões. Em suma, não sendo reconhecidas como famílias, as uniões poliamoristas são lesadas. Nessa linha, a problemática do artigo gira em torno da demonstração do conflito existente entre a norma e o amor, sentimento enaltecido pelos poliamoristas.

Para tanto, inicia-se com a análise do conceito de família e sua estruturação, a variação que esta vem sofrendo. Em seguida, apresenta-se a cultura monogâmica introduzida pela legislação brasileira e parte-se em busca da elucidação do tema apresentado, o poliamor. Por fim, serão exibidas decisões judiciais, as quais demonstram a inconsonância entre o amor e a lei. Tudo isso devidamente embasado livros, revistas jurídicas, artigos científicos, teses, dissertações e a legislação específica, bem como jurisprudência, pertinentes ao assunto.

1 Família

Pode-se dizer que a família é o ninho, o local onde o homem se protege ao final de cada dia. Esse pequeno agrupamento humano

é obra do Direito Natural que identifica o homem como um animal sociável e que carece viver nessa célula, resguardando-se das adversidades da existência.

A família pode ser definida como o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade que se encontra introduzido em determinado momento histórico, observada a formação política do Estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, em que se encontra inserida (WAMBIER, 1993, p. 249).

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka traz a seguinte definição:

A família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade. (Hironaka, 2000, p. 17-18)

Maria Helena Diniz (2002, p. 12-14) aduz que a família exhibe diversas características particulares: o caráter biológico, revelando-se como o agrupamento natural do ser humano, estabelecendo inúmeros direitos e deveres entre os seus membros; o caráter psicológico, que se traduz pelo elemento imaterial, metafísico, espiritual que liga os seus componentes; o caráter econômico, pelo qual o homem resguardado em seu núcleo acautela-se com elementos essenciais para sua sobrevivência; o caráter religioso, “uma vez que a família é, como instituição, um ser eminentemente ético ou moral, influenciado, especialmente, pelo Cristianismo, não perdendo esse caráter pela laicização do direito”; o caráter político, pois, por ser a célula *mater* da sociedade, dela nasce o Estado; e o caráter jurídico, por ter a família uma estrutura interna que é regulada por normas jurídicas, como constituem-se as do direito de família.

Entretanto, ao buscar uma definição para a palavra “família”, encontra-se grande dificuldade. Até mesmo os dicionários lançam diversos conceitos, demonstrando, nitidamente, que não há uma

definição exata. Isso demonstra que há uma constante mutação social, gerando, dessa forma, a necessidade de alterações, também, na legislação.

Segundo o livro sagrado dos cristãos, a Bíblia, Deus criou o homem e a mulher, à sua imagem e semelhança, e lhes incumbiu de crescer e multiplicarem-se. Determinou, ainda, a união em uma só carne, levando Jesus a pregar o casamento monogâmico e indissolúvel.

A palavra família deriva do latim *família*, proveniente de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família era vista como o *locus* onde o *pater* reinava, abrigando, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos. E, entende-se que, o momento histórico e cultural no qual a família se localiza, é extremamente importante para lhe caracterizar. Quanto a isso, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, esclarece:

[...] desde o início dos tempos, a face da família mudou, avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social. (MALUF, 2012, p. 246)

Clóvis Bevilaqua conceituou família apoiando-se nos valores tradicionais: a família legítima, valorizando a moralidade e a estabilidade necessária para a execução da sua função social oriunda do casamento; como

o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos dela resultantes, as relações sociais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a relação entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos e complementares da tutela e da curatela, sendo imprescindíveis para a existência do ato: a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei e o consentimento válido. (Bevilaqua, 1950, p. 41-42)

Contudo, como bem afirma Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier (1993, p. 83), a cara da família moderna mudou, sendo, o seu principal papel, dar suporte emocional ao indivíduo, o grupo familiar é menor, há flexibilidade e intercambialidade de papéis e os laços afetivos são mais valorizados.

Atualmente, a constituição da família ultrapassa uma formalidade e se estabelece como núcleo socioafetivo imprescindível para que ocorra a plena satisfação da personalidade de seus componentes, consoante os preceitos da noção de dignidade da pessoa humana, sob os quais se forma o Estado e a Constituição Federal de 1988, adota como princípio fundamental à luz do art. 1º, III.

1.1 família Monogâmica

A monogamia pode ser definida como o relacionamento amoroso entre apenas duas pessoas. Ocorre quando um sujeito tem somente um parceiro, podendo essa união perdurar por longo ou pequeno período da vida e o art. 226 da Constituição Federal de 1988 retrata a família monogâmica como base da sociedade e assegura especial proteção por parte do Estado. No mesmo dispositivo, encontra-se o posicionamento à respeito do casamento e da união estável, “sugerindo-se” que a família será formada através desses institutos, e mais, por um homem e por uma mulher.

Ainda, no artigo citado, acrescentam-se vários institutos de Direto de Família, ao lado do casamento civil e do religioso, como a união estável, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental). Importante destacar que houve a inclusão, nesse rol, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a união homossexual ou homoafetiva, logo depois autorizado o casamento de duas lésbicas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como finalidades do casamento, tem-se a instituição da família matrimonial, a procriação dos filhos, a legalização das relações sexuais entre os cônjuges, a prestação do auxílio mútuo, o estabelecimento de deveres patrimoniais entre os cônjuges, a

educação da prole, a atribuição do nome ao cônjuge, etc. (Diniz, 2002, p. 36-38). Evidencia-se que, embora o Estado permita duas formas de casamento, civil e religioso, ainda que haja duplicidade de formas, será orientado apenas pelo Código Civil, o qual regulará os requisitos de validade do casamento, os efeitos e sua dissolução (DIAS, 2011, p. 131).

Na oportunidade, entende-se viável esclarecer que, no Brasil, define-se união estável, como a entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição da família (art. 1.723 do Código Civil). Para que se forme a união estável, o relacionamento amoroso deve ser contínuo e não casual; deve ser público – a discrição não desconstitui a união estável. O que não se admite é a união secreta; e por fim a união deve ser duradoura. A coabitação não é requisito para compor a união estável.

Como já exposto, o §1º, do art. 1.723 do Código Civil, declara que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Como se vê, o inciso VI, do artigo citado, fiel ao regime monogâmico das relações conjugais, impede que se casem, pessoas que já casadas civilmente, ao menos enquanto não for extinto o

vínculo conjugal, pela morte, pelo divórcio ou pela invalidez judicial do matrimônio.

Silvio Rodrigues (2004, p. 44) escreve sobre o assunto confirmando que a família ocidental adota o casamento monogâmico, sendo violenta a reação do legislador à bigamia, manifestando-se, no campo civil, por meio do impedimento para um segundo casamento, já que no campo penal pune o crime de bigamia. O referido crime, previsto no artigo 235 do Código Penal, é considerado como um crime contra o casamento, *in verbis*:

Art. 235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena – reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º – Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º – Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Os elementos que integram o tipo penal de tal delito são a conduta de contrair novo casamento e ser o agente já casado. A realidade é que o impedimento à bigamia não decorre do fato de a pessoa já ter sido casada, mas por ser casada e, na vigência de um casamento válido, não se pode contrair outro (RIZZARDO, 1994, p. 65).

Constata-se que o núcleo “contrair” tem significado de formalizar oficialmente um novo matrimônio, no caso do agente já ser casado. Assim sendo, se o agente deve ser casado para que sofra as sanções trazidas pela lei penal, não há que se falar em afronta à monogamia e consequente crime de bigamia no caso das relações poliafetivas (SÁ e VIECILLI, 2014, p. 137-156).

Entretanto, mesmo que o indivíduo não possa se casar, novamente, enquanto seu matrimônio não tiver sido dissolvido, através da declaração judicial de invalidez ou pela viuvez, igual restrição não verifica-se na conformação de uma nova relação através da união estável, dado à expressa ressalva do §1º, do art. 1.723 do Código Civil. Ou seja, a separação judicial ou mesmo a

simples separação de fato, são suficientes para conferir inteira validade ao casamento informal, não incidindo a necessidade da primordial dissolução do matrimônio civil pelo divórcio.

Destarte, enquanto um segundo casamento para quem já é casado, só pode ocorrer se primeiro promover o seu divórcio, para a convalidação da união estável basta a sua separação de fato ou separação judicial, indiferente ao divórcio. Mas segue sendo empecilho para a união estável a coexistência de casamento paralelo cujo cônjuge, não está nem fática e nem juridicamente separado, mantendo uma relação adulterina vedada pelo §1º, do art. 1.723 do Código Civil (MADALENO, s.d., s.p.).

O art. 1.724 do Código Civil, determina que as relações pessoais entre os companheiros obedeçam aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. A fidelidade presume exclusividade do dever conjugal, pois, assim como no casamento, na união estável, cada cônjuge ou convivente renuncia à sua liberdade sexual, e abre mão do direito de unir-se em relação carnal ou em íntima afetividade com qualquer outra pessoa diversa do seu consorte (MADALENO, 2004, p.152).

O referido dispositivo é incisivo ao assegurar que nas relações pessoais entre os companheiros deve haver obediência aos deveres de lealdade, entendendo-se como condições elementares para a configuração da união estável a exclusividade do relacionamento.

Já, no art. 1.727, o Código Civil define que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Para Anderson Lopes Gomes (2007, sp.), concubinato é uma relação afetiva, duradoura e pública entre homem e mulher, na qual uma das partes está casada, assim, existindo famílias simultâneas. Dessa forma, é concubinato a união contínua entre parceiros impedidos de casar.

Álvaro Villaça Azevedo (2001, p. 292) aponta duas espécies de concubinato: (a) o concubinato puro, que se apresenta como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e a mulher desimpedidos, constituindo uma família de fato, sem qualquer

detrimento para a família legítima, sendo o caso dos solteiros, divorciados ou viúvos; (b) concubinato impuro, quando apresentar um cunho adúltero, baseado no estado de casado de um ou de ambos os concubinos; incestuoso ou desleal, ocorrente entre pessoas casadas que mantenham um segundo lar de fato. Indica, ainda, o professor, que, em detrimento do segundo tipo, só o primeiro teria a proteção do Estado e da própria sociedade.

Formar família do ponto de vista da união estável, tal como no casamento, começa pelo amor que tratou por primeiro, de unir casal heterossexual, e em associação de propósitos e de fins comuns, para dali em diante, afeiçoados, determinarem por seu diuturno convívio, um conjunto já preexistente de recíprocos direitos e obrigações, tudo com vistas na repartição do seu amor, e de sua felicidade, por eles e por seus eventuais filhos, que agregam novas emoções (MADALENO, 2004, p.152).

Como se vê, a legislação brasileira protege a monogamia, porém, não se pode olvidar que a poligamia já foi regra entre os seres humanos. Álvaro Villaça Azevedo (2013, p. 03), garante que alguns entendem que a família fundamenta-se no sistema poligâmico, em que um indivíduo possui muitos cônjuges ao mesmo tempo, entendendo, outros, que a família tenha se formado sob base monogâmica, constituída pelo par andrógino (um homem e uma mulher). No caso da poligamia, a família poderia ser formada por um homem e várias mulheres, isto é, poliginia, organizando-se a família sob a forma de patriarcado, ou uma mulher e vários homens, ou seja, a poliandria, organizando-se a família sob o tipo de matriarcado.

Há, ainda, outra teoria que nega a existência da família nos primórdios, aduzindo que prevalecia a promiscuidade entre seres humanos, o que, ao ver do filósofo Charles Darwin (apud COGLIOLO, 1888. p. 244), tendo-se em vista o que se conhece sobre o zelo de todos os machos mamíferos, é imensamente improvável. Diante dessas teorias, existe muito mais razão para pensar-se que, no princípio, o homem tenha sido polígamo polígino, convivendo um homem com várias mulheres e prole, sob a organização familiar

em forma de patriarcado poligâmico, para depois ser monógamo (azevedo, 2013, p. 3).

Tal tese é confirmada por Pietro Cogliolo (1888, p. 243) ao atestar que “as mais antigas tradições de nossa raça ariana, as narrações bíblicas e de Homero, as mais remotas lembranças históricas tinham firmado, entre nós, comum e inconcussa opinião de que a família primitiva surgiu organizada em patriarcado, isto é, num sistema de mulheres, filhos e servos, sujeitos todos ao ilimitado poder do pai.”

O referido autor elucida que “as mais antigas sociedades são inspiradas no respeito e no medo pelo homem sadio mais forte, e todo homem forte na luta pela existência é impelido pelo zelo sexual e se apodera da mulher com exclusão dos outros: a promiscuidade dos sexos e a poliandria são, pois, pouco verossímeis, ainda mesmo junto aos homens primitivos” (COGLIOLO, 1888, p. 243).

Ao se adotar a teoria de que os homens primitivos, primeiramente, viveram em grupos promíscuos, em simples união dos sexos, sem que houvesse vínculos sociais ou civis, acredita-se que, posteriormente à essa fase, a organização da sociedade familiar deu-se em torno da mulher. Assim, a poliandria passou a predominar com a ideia de que o pai era desconhecido.

Mesmo a questão gerando discussões entre juristas, sociólogos, etc., Álvaro Villaça Azevedo (2013, p. 4), defende a ideia de que o homem mais forte, na sociedade primitiva, apossando-se de suas mulheres e prole, formou o primeiro grupo familiar patriarcal poligâmico, tendo poderes ilimitados sobre os membros da família. Posteriormente, com a evolução dos direitos da mulher, prevaleceu a estrutura familiar sob forma monogâmica. A seguir, a formação da família ocorreu com a participação das duas linhas, paterna e materna.

1.2 Família Poliamorista

Dentre as modalidades de relacionamentos amorosos, evidencia-se a presença de uma relação que comporta diversos

parceiros, e que pode ser estável, responsável, consensual, enriquecedora e duradoura, não sendo sinônimo de promiscuidade, ou seja, o poliamor (MALUF, 2012, p. 122).

Thácio Fortunato Moreira (2014, s.p.) alega que o poliamorismo é a possibilidade de uma pessoa, concomitantemente, possuir dois ou mais relacionamentos sérios e duradouros. Ainda, é indispensável a existência de um sentimento de família em cada uma das relações, abolindo, totalmente, a ideia de concubinato e monogamia. Por fim, esclarece que, na visão dos poliamoristas, o amor é essencial à natureza humana, e como recurso infinito que é, deve ser vivido em toda sua plenitude.

Para os autores Pilão e Goldenberg (2012, p. 64), o poliamor “nasce da plena consciência de que podemos amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo”. Dessa forma, assim como é possível amar todos os filhos de forma igualitária, pode-se amar dois ou mais companheiros e conviver harmonicamente com eles em ambiente familiar. Na concepção dos referidos autores o poliamor pode ser definido como “um relacionamento que afirma ser possível não somente se relacionar, mas também amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo, de maneira fixa, responsável e consensual entre todos os membros” (Pilão, Goldenberg, 2012, p. 64).

Ainda, Matheus Gonçalves França (2016, p. 54), através da realização de pesquisa de campo, concluiu que o poliamor caracteriza-se principalmente pela possibilidade de todas as partes envolvidas no relacionamento estarem abertas para amar mais de uma pessoa simultaneamente, assim como, serem amados reciprocamente. Faz-se necessária a presença do sentimento de família em cada uma das relações, excluindo a ideia de concubinato e monogamia. Deve haver boa fé na formação dessas famílias.

Na verdade, os poliamoristas não compactuam com o incentivo à noção de monogamia, porém, julgam a falta total desse sentimento como combustível para relações efêmeras, solúveis e volúveis, como um resultado de certa promiscuidade (França, 2016, p. 24).

Matheus Gonçalves França disserta sobre o assunto em pauta:

Amor romântico, para poliamoristas, é um sentimento que implica em comportamentos sociais visando exclusividade nas relações, isto é, sugere em amar uma pessoa de cada vez, posto que não há desejo sexual e sentimento amoroso por mais ninguém, salvo pela pessoa amada. Esta perspectiva alude à noção de fidelidade, entendendo esse conceito como pilar da exclusividade no relacionamento amoroso. Para poliamantes, o amor romântico é instrumento de violência e opressão nas relações afetivas; é a idealização de um sentimento que implica necessariamente na monogamia e que reitera afetos por eles/as considerados nocivos, tais como o ciúme, a possessividade, a angústia pela iminência da infidelidade, entre outros. França (FRANÇA, 2016, p. 24)

Os poliamoristas censuram o que Zygmunt Bauman define “amor líquido”, em seu livro que traz o mesmo título, uma vez que esse autor garante que a modernidade e a pós-modernidade provocam afetos individualistas e efêmeros. Para Zygmunt Bauman (2004, p. 19), “em vez de haver mais pessoas atingindo mais vezes os elevados padrões de amor, esses padrões foram baixados”.

Diante disso, surge a indagação: O que vem a ser “elevado padrão de amor”, o amor monogâmico? O que seria esse sentimento rebaixado, noites avulsas de sexo? (França, 2016, p. 24). Os adeptos do poliamor não se conservam nos extremos, nos polos contrários, porque creem que é possível amar, sim, e muito, mais de uma pessoa inclusive. Entretanto, esse afeto e esse sentimento não se resumem a uma noite de prazer sexual.

Ainda de acordo com Zygmunt Bauman (2004, p. 25), “o desejo quer consumir, o amor quer possuir”. O que poliamoristas vão contra é à ideia da promiscuidade emergente quando se enxerga o outro apenas pelas vias do desejo sexual, do consumo, da vontade de consumir (FRANÇA, 2016, p. 25).

Importante distinguir o poliamor da prática de infidelidade, com ou sem adultério, entendido este em seu sentido estrito, de relacionar-se sexualmente com outrem, que não o cônjuge ou companheiro. A infidelidade, para Adriana Caldas do Rego Freitas

Dabus Maluf (2012, p. 428), ocorre quando não subsiste mais o fator vital que sustenta o relacionamento amoroso, “mas subsiste o medo de romper com uma situação conhecida”. Romper o dever de fidelidade é romper a confiança, o que não ocorre no poliamor, pois todos os envolvidos nessa relação, consentem.

2 O Conflito entre a Lei e o Amor

No mês de agosto de 2012, foi divulgada a notícia no site da GLOBO (<http://g1.globo.com>) de que foi lavrada escritura pública de União Poliafetiva entre um homem e duas mulheres, em cartório do Município de Tupã, no Estado de São Paulo. A Tabeliã Cláudia Nascimento Domingues afirmou que a oficialização da união garantiu os direitos de família dos envolvidos, que moram juntos – em união estável – e possuem regras próprias para a estruturação familiar.

Portanto, nota-se a formação de uma família informal. E, nesse aspecto, Maria Berenice Dias explana:

Como a sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. **Viu-se então o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no Livro do Direito de Família. No entanto, olvidou-se de disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela Constituição como entidades familiares.** Igualmente, nada traz sobre as uniões homoafetivas, que vêm recebendo da jurisprudência reconhecimento no âmbito do direito das famílias. (DIAS, 2013, p. 33) Grifei.

Diante da existência concreta de famílias simultâneas eclodiram debates sobre o assunto e, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, apresentam entendimentos distintos.

O Judiciário ainda não se adaptou ao termo “união poliafetiva”, decidindo no reconhecimento, ou não, de famílias paralelas, uniões plúrimas e entidades simultâneas ou concomitantes. Volta-se a esclarecer que famílias paralelas, no caso do poliamor, são uniões de longos períodos, sendo que existe vínculo matrimonial ou do companheirismo com terceiro. Nesse diapasão, Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues (s.d., p. 12) assegura haver diferença entre relação poliamorista e famílias paralelas, porém, normalmente, ambas são confundidas.

Entretanto, há defesa do sistema monogâmico, não existindo, assim, espaço para uniões familiares paralelas. Portanto, qualquer união ulterior à primeira, seria considerada concubinato, independente do sentimento familiar existente, do consentimento entre os envolvidos e do tempo da relação.

A relação poliamorista proporciona uma melhor conexão com os próprios sentimentos, o que a diferencia da relação monogâmica, apontada como uma relação fundamentada no aprisionamento das vontades individuais. A grande diversidade de sentimentos humanos torna inviável o estabelecimento de uma solução uniforme para o dilema do reconhecimento jurídico da entidade poliafetiva. Contudo, pode-se adotar como resposta provisória a aceitação desta peculiar entidade afetiva; talvez, em determinadas situações e para determinadas pessoas, a “plena comunhão de vida” possa ser alcançada em relações que abarquem mais de um parceiro concomitantemente (PILÃO; GOLDENBERG, 2012, p. 65).

Maria Helena Diniz defende a ideia de que a sociedade brasileira é submissa ao sistema monogâmico e, dessa forma, não há espaço para uniões familiares paralelas:

Tal fidelidade é exigida porque nossa cultura baseia-se no princípio monogâmico. Se alguém mantiver relação afetiva com duas

amantes, vindo a casar-se com uma delas, não poderá excluir a outra da partilha de bens adquiridos, com sua contribuição, em razão de sociedade de fato, e não de união estável, por ser esta inexistente. (DINIZ, 2002, p. 321)

Assim, na visão da autora, toda união posterior à primeira, é considerada concubinato, independentemente do sentimento familiar existente, da boa-fé e consentimento das partes envolvidas e da duração do relacionamento. Sob a mesma perspectiva, Rodrigo da Cunha Pereira (2000, p. 63) afirma que: “A amante, amásia – ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que, paralelamente ao vínculo do casamento, mantém uma outra relação, uma segunda ou terceira [...], será sempre a outra, ou o outro, que não tem lugar oficial em uma sociedade monogâmica.”

Casamentos múltiplos são vedados, como proibidos os concubinatos paralelos, porque não se coaduna com a cultura brasileira uma união poligâmica ou poliândrica, a permitir multiplicidade de relações entre pessoas já antes comprometidas, vivendo mais de uma relação ao mesmo tempo (MADALENO, 2015, s.p.). Porém, é frequente defrontar-se com decisões judiciais reconhecendo direitos às uniões paralelas ao casamento, ou correlata a outra união afetiva.

Alguns Tribunais possuem o seguimento conservador de que, no ordenamento jurídico brasileiro, não é permitida a coexistência de dois casamentos ou de uma união estável paralela ao casamento ou de duas uniões estáveis paralelas. Senão, vejamos:

UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. *AFFECTIO MARITALIS*. COABITAÇÃO. PUBLICIDADE DA RELAÇÃO. PROVA. PRINCÍPIO DA MONOGOMIA. 1. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. 3. **Não é permitido, no nosso ordenamento jurídico, a coexistência de dois**

casamentos ou de uma união estável paralela ao casamento ou de duas uniões estáveis paralelas. 4. Constituiu concubinato adúlterino a relação entretida pela autora e o réu, pois o casamento dele com outra pessoa se manteve hígida no período que alega terem vivido em união estável. **Inteligência do art. 1.727 do Código Civil.** 5. Não comprovada a entidade familiar, nem que a autora tenha concorrido para aquisição de qualquer bem, a improcedência da ação se impõe. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70072305410, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/02/2017) Grifei.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO AUTORAL. RELAÇÕES CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 226 da Constituição Federal consagra a especial proteção do Estado à família, núcleo formado pelos companheiros que, livremente, optaram por se unir e compartilhar uma vida em comum, vinculados por laços de afeto. A entidade familiar é protegida, pouco importando se formalmente constituída pelo casamento ou se, informalmente, estabelecida pela união estável, desde que cumpridos os requisitos de temporalidade, publicidade e continuidade. Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição do ato jurídico em razão dos direitos que brotam da relação. Basta a sua configuração fática para que incidam as normas constitucionais e legais e a relação fática se converta em relação jurídica. Há concomitância entre a relação mantida com a autora e o casamento pré-existente. Reconhecimento da união estável que pressupõe, por analogia, a inexistência de impedimentos para o casamento, tendo em vista que ambos ostentam elementos integradores do conceito de família. **União paralela que não é protegida pelo ordenamento jurídico, somente podendo ser enquadrada como concubinato ou sociedade de fato.** Aplicação analógica do enunciado 122 da súmula deste Tribunal. RECURSO CONHECIDO e DESPROVIDO. (0009248-32.2010.8.19.0067 – APELAÇÃO. Des(a). CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA - Julgamento: 09/05/2017 - OITAVA CÂMARA CÍVEL) Grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CASAMENTO E CONCUBINATO SIMULTÂNEOS. 1. **A orientação jurisprudencial desta Corte é firme no sentido de que a relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida com união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges.** 2. Agravo regimental não provido. (AgR no REsp 1235648/RS, Rel. Ministro RICARDO VILAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 4/2014, DJe 14/2014) Grifei.

Também é utilizada, pelo Judiciário, a expressão “relação simultânea” no caso de relacionamento poliamorista. E, mesmo que uma das companheiras confirme ter conhecimento e aceitar a união paralela, é considerada concubina:

UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. AFFECTIO MARITALIS. COABITAÇÃO. PUBLICIDADE DA RELAÇÃO. PROVA. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. 1. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela affectio maritalis. 3. Não é permitido, no nosso ordenamento jurídico, a coexistência de dois casamentos ou de uma união estável paralela ao casamento ou de duas uniões estáveis paralelas. 4. **Constituiu concubinato adulterino a relação entretida pela autora e o falecido, pois ela própria reconheceu que ele convivia em união estável com outra mulher.** Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. 5. Não comprovada a entidade familiar, nem que a autora tenha concorrido para aquisição de qualquer bem, é improcedente a ação. Recurso provido. Apelação Cível Nº 70065913204, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 02/12/2015) Grifei.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal de Justiça não tem reconhecido as dúplices uniões, exigindo, ainda, que o vínculo

conjugal tenha terminado para que se reconheça judicialmente o novo relacionamento.

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CDC. NÃO OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não é possível o reconhecimento de uniões simultâneas, de modo que a caracterização da união estável pressupõe a ausência de impedimento para o casamento ou, pelo menos, a necessidade de haver separação de fato ou judicial entre os casados.** Incidência REsp 91296/RS a da Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AREsp 514.772/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014, sem grifos no original) Grifei.

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. OCORRÊNCIA DE CONCUBINATO. INDAGAÇÕES ACERCA DA VIDA ÍNTIMA DOS CÔNJUGES. IMPERTINÊNCIA. INVIOLABILIDADE DA VIDA PRIVADA. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO PROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA DA AÇÃO. 1. **A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado.** 2. O acórdão recorrido estabeleceu que o falecido não havia desfeito completamente o vínculo matrimonial - o qual, frise-se, perdurou por trinta e seis anos -, só isso seria o bastante para afastar a caracterização da união estável em relação aos últimos três anos de vida do de cujus, período em que sua esposa permaneceu transitoriamente inválida em razão de acidente. Descabe indagar com que propósito o falecido mantinha sua vida comum com a esposa, se

por razões humanitárias ou qualquer outro motivo, ou se entre eles havia “vida íntima”. 3. Assim, não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, discussão acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de estáveis a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça, colocando em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. 4. Recurso especial provido. (Resp. 1.096.539-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 27.03.2012, sem grifos no original) Grifei.

Porém, como refere Maria Berenice Dias (2011, p. 50-1), reprovar relações desse tipo à invisibilidade, não vai fazer com que elas desapareçam. Na verdade, considerar tais relações como concubinato, aplicando-lhes as súmulas 380 e 382 do STF, nada mais é do que distorcer a realidade. A autora considera injusto o fato de esta forma de relação afetiva estar privada das garantias e direitos inerentes às entidades familiares.

Antônio Rulli Neto e Renato Asamura Azevedo (2006, s.p), aduzem que “em todos os casos de poliamorismo ou paralelismo afetivo, somente se configurará paralelismo familiar nas situações em que houver realmente o paralelismo na intenção de formação de vida conjunta e naquelas em que houver colaboração mútua.”

Nesse sentido, existem decisões judiciais em que se constata o reconhecimento de entidades paralelas, principalmente para fins de partilha de bens, nomeando-se, inclusive, como “triação”, para significar a divisão do patrimônio entre três indivíduos e de divisão de pensão por morte entre as consortes sobreviventes. Os relacionamentos simultâneos constituem uniões estáveis, não concubinato, valorizando o afeto e a dignidade da pessoa humana. Senão, vejamos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PARTILHA DE BENS. SITUAÇÃO FÁTICA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. RECONHECIMENTO ANTERIOR DE UNIÃO ESTÁVEL DO DE CUJUS COM A REQUERIDA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. DECLÍNIO DE

COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FAMÍLIA. FUNDAMENTO DE QUE SE TRATA DE CONCUBINATO. INCIDÊNCIA DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DA VARA CÍVEL. SUSCITADO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FAMÍLIA. VERIFICADA. **FORMAÇÃO DE NÚCLEOS FAMILIARES DISTINTOS. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. POSSIBILIDADE. FAMÍLIA SIMULTÂNEA.** INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À ENTIDADE FAMILIAR. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 226, Conflito de Competência Cível nº 1.474.859-9 fls. 2 PARÁGRAFO 8º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO DIREITO DE FAMÍLIA. PRECEDENTES. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL PROCEDENTE PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FAMÍLIA. (TJPR - 11ª C. Cível em Composição Integral - CC - 1474859-9 - Curitiba - Rel.: Lenice Bodstein - Unânime - J. 23.03.2016) Grifei.

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÕES SIMULTÂNEAS. De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. **No caso, está escancarado que o “de cujus” tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como co-existentes duas entidades familiares simultâneas.** DESACOLHERAM OS EMBARGOS, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70013876867, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Redator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 10/03/2006) Grifei.

A seguir, verifica-se o posicionamento jurisprudencial no que tange à partilha de bens quando da existência do poliamorismo:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante ao casamento de “papel”. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. **Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuda em “triação”, pela duplicidade de uniões.** DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O DES. RELATOR. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70019387455, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Redator: Rui Portanova, Julgado em 24/05/2007) Grifei.

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. PARTILHA. “TRIAÇÃO”. ALIMENTOS PARA EX-COMPANHEIRA E PARA O FILHO COMUM. **Viável reconhecer união estável paralela ao casamento.** Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e conta-bancária conjunta, tudo a demonstrar relação pública, contínua e duradoura, com claro e inequívoco intento de constituir família e vida em comum. Reconhecimento de união dúplice que impõe partilha de bens na forma de “**triação**”, em sede de liquidação de sentença, com a participação obrigatória da esposa formal. Precedentes jurisprudenciais. Ex-companheira que está afastada há muitos anos do mercado de trabalho, e que tem evidente dependência econômica, inclusive com reconhecimento expresso disso no contrato particular de união estável firmado entre as partes. De rigor a fixação de alimentos em prol dela. Adequado o valor fixado a título de alimentos em prol do filho comum, porquanto não comprovada a alegada impossibilidade econômica do alimentante, que inclusive apresenta evidentes sinais exteriores de riqueza. APELO DO RÉU DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (SEGredo DE JUSTIÇA) - DECISÃO MONOCRÁTICA - (Apelação Cível Nº 70039284542, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 23/12/2010) Grifei.

A divergência jurisprudencial é prova de que o poliamorismo está longe de ser aceito pela sociedade como uma forma de relacionamento e, principalmente, como uma forma de família. Isso ocorre pela influência dos costumes e mesmo pelo direito, apesar de já se ter atingido grande avanço possibilitando que o homem busque formas de relacionamento e composição da família que esteja mais bem adequada às suas necessidades, personalidade e potencialidades.

Sob esse prisma, Álvaro Villaça Azevedo (2013, p. 2) explica que o art. 226 da Constituição tem disposição meramente enunciativa, em *numerus apertus*. Não é taxativa, em *numerus clausus*, daí essa possibilidade de inclusão jurisprudencial, em interpretação integrativa, bem como de elaboração de leis criativas dessa e de novas formas de casamento, sem alteração do texto constitucional. Sim, porque não cabe ao Estado dizer ao povo como deve ele constituir a sua família.

Na opinião de Maria Berenice Dias, já há a compreensão de que o conceito de entidade familiar não pode ser engessado no modelo sacralizado do casamento. Dessa forma, o poliamorismo deveria ser reconhecido como entidade familiar:

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. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem sequer seria possível invocar o direito societários 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, 2013, p. 54)

Descabe, portanto, realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente as formações conjugais plurais, nem subtrair qualquer sequela à manifestação de vontade firmada livremente pelos seus integrantes. Não havendo prejuízo a ninguém, de todo

descabido negar o direito de viver a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor (DIAS, 2013, p. 54).

Por fim, há entendimento valorando o afeto e reconhecendo que os relacionamentos simultâneos não constituem concubinato, mas, sim, uniões estáveis. Importante destacar que, havendo admitindo-se legalmente as uniões estáveis poliamoristas, todos os companheiros teriam os mesmos direitos, incluindo os sucessórios e os previdenciários. Há jurisprudência nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. SENTENÇA QUE DECLARA, CONJUNTAMENTE, A UNIÃO ESTÁVEL DO FALECIDO COM S. E COM L. EXISTÊNCIA DE FILHO COM AMBAS. Destacada a limitação da revisão da sentença trazida a este Tribunal, estando o julgamento adstrito à existência ou não de elementos de união estável entre o falecido e a apelada L.R., porquanto a mesma sentença declara a existência de união estável entre ele e a apelante e entre ele e a apelada, em período paralelo, não há dúvida pela prova produzida que o falecido teve com a recorrida relação afetiva de natureza pública, continuada, duradoura e com o objetivo de constituição de família, da qual resultou o nascimento de um filho. Circunstância em que, em caráter absolutamente excepcional, são admitidas duas uniões estáveis simultâneas. NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES NºS 70066331745 E 70066331992. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70066331992, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/12/2015)

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja "digna" de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70010787398, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/04/2005)

Diante disso, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf expõe:

Pessoalmente situo-me tormentosamente entre a primeira e a segunda corrente, chegando mesmo a admitir a possibilidade do reconhecimento da união estável putativa, quando da existência de boa-fé das partes, ou de algumas das partes, sendo-lhes devida, neste caso, a aplicação das regras da união estável frente ao pagamento de pensão alimentícia e atribuição de direitos sucessórios.

Em virtude das mudanças que ocorreram no universo do direito em face dos costumes, os tribunais brasileiros estão decidindo pelo reconhecimento de plúrimas uniões estáveis para fins sucessórios e previdenciários quando um dos parceiros esteja de boa-fé. (MALUF, 2012, p. 284)

Todavia, por mais que haja decisões que favorecem os poliamoristas, como já exposto, o posicionamento majoritário é no sentido de não reconhecer tais famílias. Ou seja, no Brasil, não se autoriza a multiplicidade de relações entre pessoas já antes comprometidas, ou seja, não se pode reconhecer legalmente mais de uma relação ao mesmo tempo. Portanto, casamentos múltiplos são vedados assim como são proibidos os concubinatos paralelos, pois a cultura brasileira não comporta uniões poligâmicas ou poliândricas.

Entretanto, é importante ressaltar que as etnias que habitam o solo brasileiro são inúmeras e, muitos dos imigrantes, possuem cultura poligâmica. Mas, certamente, no momento em que o estrangeiro requer o exercício da poligamia em território monogâmico, há uma afronta aos princípios fundamentais locais. E, nesse diapasão, Alain Touraine (2006, p. 187) se manifesta:

[...] não podemos reconhecer direitos culturais a não ser com a condição de que seja aceito aquilo que nós reconhecemos como nossos princípios fundamentais, ou seja, a crença no pensamento racional e a afirmação de que existem direitos pessoais que nenhuma sociedade, nenhum Estado tem o direito de transgredir.

Contudo, rejeitando ou aceitando a diferença, incorporando-a à cultura hegemônica, defendendo a preservação de seus aspectos originais ou desafiando as relações de poder que a organizam, não

há como negá-la. Ela está presente em todas as sociedades empobrecendo-as e contaminando-as, segundo alguns, enriquecendo-as e renovando-as, segundo outros. Em síntese, queiramos ou não, vivemos em um mundo inescapavelmente multicultural (LOPES, 2004, p. 132). Entretanto, no Brasil, esses estrangeiros poligâmicos, não podem se casar.

Mas, falamos de algo que vai muito além da cultura, referimo-nos ao sentimento, ao amor. Segundo Luis Alberto Warat (2004, p. 41), o amor e a afetividade são básicos no ser humano, precisamos todos amar e ser amados. O amor é um modo de vida, dá sentido à vida sem ter em si nenhum propósito e as coisas vivas são transformadas. Como bem assevera o autor (WARAT, 2004, p. 43), o amor é a melhor forma de administração de um conflito e é por esse motivo que não há conflito no poliamor, pois todos se amam e compreendem o sentimento de seu(s) companheiro(s).

Todavia, é visível o conflito entre a lei e o amor, pois, como destaca Luis Alberto Warat (2010, p. 49), os operadores do Direito são insensíveis, corpos sem capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros e com o mundo; os juristas, são incapazes de escutar os sentimentos das pessoas. Esses sentimentos se encontram encobertos por camadas de representações ideológicas que são escutas, todavia, de um modo tão estridente que impossibilita qualquer outra escuta.

Ainda na concepção do autor (Warat, 2010, p. 49), os juristas escutam apenas as vozes e crenças de sua ideologia funcional ou institucional e se tornam prisioneiros de um efeito de plenitude de sentido que os faz acreditar que estão seguindo as normas jurídicas. A maioria dos juristas acredita que todas as verdades de seu universo encontram-se nas normas, não sendo necessário sair delas para realizar as práticas sociais de justiça. Os juristas constroem a imagem do justo, do bom, do proibido e permitido, como modelos de exclusão do outro e de inclusão feita de rotina mental. Em suma, as normas são nossa imagem idealizada que queremos que o outro nos devolva. (WARAT, 2004, p. 51).

Mas Luis Alberto Warat (2004, p. 32) assegura que, “quando um outro gera conflitos, nos agride”, “instala também, me nosso interior, conflitividade que a mente e o ego, egoicamente, melodramaticamente multiplica. A mente introduz pensamentos que poluem o que sentimos, daí nasce o conflito anterior”.

Diante disso, questiona-se: Se o legislador é omissivo a respeito de um assunto, não estaria demonstrando reprovação sobre aquele tema? Se o Judiciário não reconhece, não aceita, não estaria demonstrando repúdio sobre aquela determinada matéria? Isso pode criar a sensação de recriação do próprio sujeito, fazendo-o acreditar que está errado em amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. O poliamorista é agredido e excluído ao não ter seu direito reconhecido e ao não ter a legislação a seu favor.

Muitas vezes, “direitos coletivos” são defendidos em prol de uma minoria, mas olvida-se dos direitos individuais que são substancialmente mais importantes; pois tratam do direito à dignidade da pessoa humana, o que por si só já traduz muitos outros implicitamente inseridos neste. O direito à vida, a liberdade de escolha seja ela sexual, marital, profissional, o direito de viver em sua própria cultura, falar sua língua, seu dialeto, etc. (HAAS, 2017, p. 22). É notório que quando os pedidos de reconhecimento das famílias poliamoristas são indeferidos, o sentimento amor é incompreendido, havendo apego, apenas, à letra fria da norma.

Destarte, se faz necessária a elaboração de outra concepção do Direito longe do normativismo. se preocupa com os traumas processuais, assim, prefere o Direito muito mais imperfeito e muito mais sensível. (WARAT, 2010, p. 58). Para a cultura do litígio a única realidade que importa é a que está nos processos, diferentemente da mediação, para qual a única realidade que interessa é a que está na experiência (Warat, 2010, p. 03). E aí está a solução: a mediação entre a norma e o sentimento.

Aspira-se por um Direito comprometido com a democracia da outriedade, onde haja não o discurso de poder, mas de amor. Nota-se a necessidade da adequação do Direito diante dessa nova

modalidade de amar. Em breve o legislador terá que enfrentar os novos anseios sociais e criar mecanismos para reconhecimento e tutela jurisdicional.

Considerações Finais

Habitualmente exige-se um padrão de comportamento universal e uniforme, padronizado, aniquilando-se a diferença e a diversidade para ser aceito socialmente. Contudo, cada povo possui sua cultura, sua característica e o indivíduo passa a ser feliz no momento em que pode exercer sua própria individualidade e liberdade em toda sua plenitude.

A evolução social é evidente e tem possibilitado a desconstrução de algo que seria indicado como “normal” como, por exemplo, a monogamia, a qual, até então, era considerada dentro da normalidade, do habitual. Têm surgido indivíduos dispostos a viver relacionamentos amorosos nada triviais, como o poliamor ou a poligamia adquirida culturalmente.

Porém, a cultura poligâmica, no Brasil, não possui proteção estatal, desrespeitando, assim, às liberdades ideológica e religiosa. Além disso, aquelas pessoas que amam mais de uma pessoa ao mesmo tempo, não encontram amparo legal na formação de suas famílias e, se não há reconhecimento, há exclusão.

Como demonstrado no presente trabalho, a união, para ter validade jurídica, necessariamente, deve ser monogâmica. A lei avilta a relação extramatrimonial simultânea com a união legítima, como afasta duas uniões legítimas ou informais, exceto quando não haja mais o vínculo conjugal.

Tais uniões têm natureza poligâmica, mas, distinguem-se da promiscuidade ou concubinato. Tratam-se de relacionamentos concomitantes, duradouros, contínuos, sérios em que há intenção de constituir família em cada uma das relações. Tanto nos relacionamentos poliamoristas como multiculturais, referidos no presente trabalho, acredita-se na possibilidade de amar e forma

família com mais de uma pessoa ao mesmo tempo e todos conviverem em harmonia.

Todavia, ainda que o conceito de família esteja sendo alterado, os adeptos do poliamor não possuem proteção estatal no que se refere ao reconhecimento das uniões. Nota-se que, ao buscar a judicialização dessas relações, os envolvidos são rechaçados pela sociedade e considerados, pelo Judiciário, amantes, tendo a verdade distorcida e sua imagem denegrida, ou, simplesmente, lhes é negado o direito ao casamento.

Portanto, ainda que seja notório o progresso, assim como os rompimentos de tabus, o preconceito gerado pela cultura e pela religião, acaba por desamparar aqueles que se dedicaram, conviveram e amaram seus companheiros por anos ou aqueles que pretendem iniciar uma vida conjugal.

Os poliamoristas consideram o amor como o cerne das relações múltiplas e, por mais que este sentimento e o afeto sejam valorizados no âmbito judicial, existe grande barreira no reconhecimento legal dessas relações. Ainda há conflito. É perceptível que a maioria dos julgadores se apegam a letra fria da lei quando o assunto é poliamor, porém, deveriam ter mais sensibilidade ao sentenciar.

A legislação atribui a fidelidade, o respeito, o afeto e a monogamia como integrantes e constituintes da base familiar. Inclusive, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º, dispõe que “o planejamento familiar é livre decisão do casal”. Nota-se que a palavra “casal” é incisiva para demonstrar que a família acolhida pela Magna Carta é a monogâmica. No entanto, o poliamor apenas se diferencia quanto a este requisito, ou seja, ao número de companheiros.

Portanto, verifica-se que não basta conceder a liberdade de escolha dos parceiros, pois os poliamoristas anseiam por mais do que isso, aspiram pela regularização do relacionamento. Destarte, se faz necessário que o ordenamento jurídico seja inovado e o amor

seja enaltecido permitindo, assim, que os sujeitos amem e relacionem-se da forma que desejarem.

Não cabe ao Estado realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob sua égide, e que se constroem no âmbito dos fatos e com base no sentimento. O amor é decorrente da aceitação e da tolerância, do respeito às íntimas manifestações da alma humana, devendo estar em conformidade com o momento histórico atual, com a manifestação dos costumes, mas, acima de tudo, com o direito à liberdade individual. Portanto, deve haver uma consonância entre a lei e o sentimento para que ambos possam andar lado a lado.

Referências

Azevedo, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato: antigo casamento de fato, concubinato e união estável**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

_____. **Direito de família: Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

Bevilaqua, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. (atual, por Achilles Beviláqua). 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950, v. 2.

Buche, Giancarlo. Famílias Simultâneas: **O Poliamor no Sistema Jurídico Brasileiro**. <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigos/Microsoft-Word---Famílias-simultaneas---Giancarlo-Buche---2011-06-17.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

CHAUÍ, Marilenas. **Cidadania Cultura**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

. **Manual de Direito das Famílias**, 8ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de família. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002.

DOLINGER, Jacob. **Direito & Amor e outros temas**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Tradução de denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRANÇA, Matheus Gonçalves. **Além de dois existem mais: estudo antropológico sobre poliamos em Brasília/DF**. Dissertação de Mestrado. UnB, 2016.

GOMES, Anderson Lopes. **Concubinato adúltero: uma entidade familiar a ser reconhecida pelo Estado brasileiro**. Março de 2007. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/9624>> Acesso em 23 de set. 2016.

G1. **União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP**. Agosto 2012. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

HAAS, Ingrid Freire. **Os Direitos Humanos e os desafios da diversidade cultural: a (in)tolerância diante do diferente**. Direitos Culturais: revista do programa de pós- graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – URI Santo Ângelo, v. 1, n. 1 (dez. 2016) – Santo Ângelo: FuRI, 2017.

HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KYMLICKA, Will. **Multiculturalism Citizenship**. Oxford University Press. New York, 1996.

_____. **The new debate on minority rights (and potscript)**. In: LADEN, Anthony; OWEN, David. **Multiculturalism and Political Theory**. Cambridge University Press. 2007. New York.

LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, José de Sousa. **Cultura Acústica e Letramento em Moçambique em busca de fundamentos antropológicos para uma educação intercultural**. São Paulo: EDUC, Editora da PUC SP, 2004.

MADALENO, Rolf. **A infidelidade e o mito causal da separação**. Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese-IBDFAM: Porto Alegre, out-dez. 2001.

_____. **A União (Ins)Estável: Relações Paralelas**. Disponível em: <www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=323#sthash.Bv1rokZU.dpuf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MOREIRA, Thácio Fortunato. **Poliamorismo nos tribunais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 127, ago 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15149>. Acesso em 17 dez. 2016.

MORENO, Alejandro. **Superar a exclusão, conquistar a equidade: reformas, políticas e capacidades no âmbito social**. 2000. In: LANDER: Edgardo. (Organizador) **A colonidade do saber: eucocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro 2005.

Neto, [Afonso Tavares Dantas. O direito de família e o chamado “Poliamor”](#). Mai. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9060/O-direito-de-familia-e-o-chamado-Poliamor>>. Acesso em: 12 abr. 2017

Netto, Paulo Luiz. **A repersonalização das famílias**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, Síntese, v.6, n.24, p.155, 2007.

OLTRAMARI, Vitor Hugo. **Justiça do Trabalho – Caderno de Direito Previdenciário** – Doutrina e Jurisprudência. Porto Alegre: HS, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito, amor e sexualidade**. In: Direito de família: a travessia do novo milênio. Congresso de direito de família. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PILÃO, Antônio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. **Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias**. Revista Ártemis. vol. 13, jan - jun. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/viewFile/14231/8159>>. Acesso em 03 fev. 2017.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 5. ed. São Paulo: Millenium, 2010.

RICOEUR, Paul. **A luta por reconhecimento e a economia do dom**. Tradução de Cláudio Reichert do Nascimento *et al.* *Éthica*. Florianópolis, v. 9, n. 2, dez/2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro, volume I, 1ª ed., 1994.

Rodrigues, Liz Helena Silveira do Amaral. **Amor plural: Características, diferenciações e possibilidade de reconhecimento de relações afetivo-familiares fundadas no poliamor**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f4cdoa689df7a66>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Direito de Família**. Saraiva: São Paulo, 28ª ed., 2004.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

SÁ, Camila Franchi de Souza; VIECILI, Mariza. **As Novas Famílias: Relações Poliafetivas**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análise de jurisprudência**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), Direitos de família e do menor. 3. ed. Belo Horizonte; Del Rey, 1993.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia**. Lumen Juris Editora, 2010.

_____. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

A mediação familiar como medida possível na resolução de conflitos nos casos de alienação parental

Danieli Boschetti¹

Considerações Iniciais

O presente capítulo trata sobre o tema Alienação Parental e Mediação familiar. Como delimitação temática enfoca-se na Mediação Familiar, como medida possível na resolução de conflitos familiares, excluindo a Alienação Parental, em busca da concretização de uma sociedade fraterna pelo restabelecimento das relações sociais. A problemática consiste na dificuldade de conscientização dos pais que praticam Alienação parental, em detectar o mal que estão causando na vida de seus filhos.

O objetivo geral é descrever o quão benéfico seria a concretização da Mediação familiar em casos de Alienação parental no Judiciário. Diante disso, apresentar a mediação comunitária como expressão de uma cultura de paz e fraternidade entre os seres humanos.

A pesquisa se justifica devido ao fato de que há muitas crianças/adolescentes que sofrem com a alienação parental, e a necessidade de adoção de medidas que, efetivamente, surtam

¹ Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo.

resultados, seja na prevenção ou na recuperação das vítimas. À vista disso, cabe aos operadores do direito coibir tais procedimentos e dar efetividade às garantias constitucionais, protegendo os direitos de crianças e adolescentes, prioridades absolutas do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a mediação familiar é uma alternativa de efetiva garantia dos direitos fundamentais da criança/adolescente.

No que se refere a metodologia, trata-se de uma pesquisa de natureza teórica, pois utilizou-se um amplo conjunto bibliográfico doutrinário para o estudo. O método de abordagem é o dedutivo, sendo o método de procedimento o histórico. Dentre os autores adotados, destaca-se GRUNSPUN (2000), SALES (2007), HAYNES (1996), os quais abordam o tema de forma muito sábia.

Dessa forma, o capítulo se estrutura em duas seções. Na primeira seção abordar-se-á o conflito e relações sociais: um estudo da alienação parental como prática de exclusão do outro. A partir disso, na segunda seção, tratar-se-á o tratamento de conflito familiar pela mediação.

1 Conflito e Relações Sociais: um estudo da alienação parental como prática de exclusão do outro

Nas relações sociais, desenvolvem-se, por diversos motivos, situações de solidariedade e de conflito. Para Sales, “[...] o conflito faz parte da vida social e da vida familiar. Especialmente no meio familiar e na sua dinamicidade de relações, agregado a teias complexas de relações entre seus membros, onde são presentes interesses, sentimentos comuns e diversos e, dependendo do momento, desavenças, afetos e desafetos” (SALES, 2007, p. 137).

Os litígios de famílias, geralmente ocorrem quando os relacionamentos, em suas mais diversas formas, chegam ao fim, causando consequências danosas para os filhos.

Em alguns casos, “[...] quando do término do relacionamento, um dos genitores busca de todos os modos afastar a criança da

convivência com o outro, e inicia-se, assim, um processo de afastamento do genitor não-guardião. (SELONK *in* OLTRAMARI; [Orgs.], 2014, p. 9)”.

Com a intensificação desse quadro, surge o termo “alienação parental”. Alienação Parental é um termo criado na década de 80 pelo Dr. Richard Gardner, um psiquiatra americano. O termo

[...] consiste em uma forma de abuso emocional, geralmente, iniciado após a separação conjugal, no qual um genitor (guardião) passa a fazer uma campanha desqualificadora e desmoralizadora do outro genitor, visando afastar dele a criança e destruir o vínculo afetivo existente entre os dois, utilizando diversas manobras e artifícios para dificultar ou impedir o contato entre eles e para “programar” a criança para rejeitar ou mesmo adiar o outro genitor (PAULO, 2011, p. 6).

A definição de “[...] alienação parental consiste em qualquer atitude por parte de um dos genitores (mesmo antes da separação conjugal) para denegrir ou dificultar a relação da prole com o outro genitor (GOLDRAJCH; MACIEL *in* VALENTE; [Orgs.], 2006, p. 7).

Ao discorrer acerca da matéria, Trindade frisa que

A Síndrome da Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais o genitor, dominado pelo cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impelir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o autor genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste em um processo de programar uma criança para que se odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor (TRINDADE *aput* SELONK; OLTRAMARI, 2014, p. 9).

No caso de alienação parental decorrente de separação conjugal, os motivos alegados de um genitor-guardião, para negar a convivência entre filhos menores, e o genitor-visitante são, principalmente: a discórdia quanto à formação de hábitos na prole,

a incapacidade moral para o exercício dos deveres inerentes ao poder familiar e até mesmo comportamentos abusivos física, psicológica ou sexualmente (GOLDRAJCH; MACIEL in VALENTE; [Orgs.], 2006, p. 8).

No dizer de Mônica Jardim Rocha,

[...] é uma maldade discreta disfarçada pelo sentimento de amor e dos cuidados parentais, na qual o genitor alienador esquece-se de sua principal função, em relação ao outro – respeitar e promover o relacionamento dele com o filho, incentivando a convivência dos dois -, e também descumpre o dever de proteger a criança, causando, ao invés disso, danos em sua estrutura emocional (ROCHA apud PAULO, 2007, p. 6).

Os efeitos desse processo, são devastadores e, referem-se às reações emocionais negativas como ódio, desprezo e repulsa das crianças/adolescentes em seu relacionamento com os genitores visitantes.

Como consequência da Alienação Parental,

[...] o filho pode desenvolver problemas psicológicos e até transtornos psiquiátricos para o resto da vida. Alguns dos efeitos devastadores sobre a saúde emocional, já percebidos pelos estudiosos, em vítimas de Alienação Parental, são: vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade ou nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem; dificuldade de adaptação em ambiente psicossocial normal; insegurança; baixa autoestima; sentimento de rejeição, isolamento e mal-estar; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido traído e usado pela pessoa que mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado (PAULO, 2011, p. 9).

É importante salientar que “[...] o poder familiar, no novo direito de família constitucionalizado, passou a significar uma

função compartilhada por ambos os pais, sob a pessoa e os bens da prole, no melhor interesse desta” (GOLDRAJCH; MACIEL in VALENTE; [Orgs.], 2006, p. 9).

2 O Tratamento de Conflito Familiar pela Mediação

Adentrando na análise da história das entidades familiares, verifica-se que “[...] a família vem enfrentando um processo de profundas transformações: famílias monoparentais, inter-raciais, homoafetivas, o trabalho da mulher, a percepção das crianças e adolescentes como pessoas humanas” (SALES, 2007, p. 134).

Vários fatores econômicos (trabalho da mulher), sociais (a luta pela igualdade de gênero) e culturais (declínio do patriarcalismo), contribuíram de forma decisiva para essas alterações na estrutura familiar (SALES, 2007, p. 134).

Atualmente, o modelo de família patriarcal, firmado com o casamento formal e a hierarquia, obtida da figura do homem como possuidor do controle absoluto sobre a mulher e os filhos vem perdendo força, tendo em vista que o afeto passou a ser o fator mais importante para a constituição de família.

Ocorre que, conforme o entendimento de Sales,

A família contemporânea, a partir dessas mudanças, passou a fundamentar seus relacionamentos na igualdade, solidariedade, afetividade e liberdade. Percebem-se, assim, novos diversos modelos de família, considerados por esses fundamentos, como inovadores, igualitários e democráticos. Os membros da família, juntamente com o sentimento de segurança e proteção, passaram a externar a necessidade do respeito as suas liberdades e as suas independências (SALES, 2007, p. 135).

A partir das transformações ocorridas nas famílias nas últimas décadas, as pessoas começaram a sentir maiores dificuldades em meio aos novos modelos de família existentes, necessitando, cada vez mais, de diálogo.

Diante dessa realidade, marcada pela atual instabilidade familiar, constata-se a necessidade da utilização de mecanismos pacíficos de solução de conflitos, que primem pelo diálogo, tais como a mediação (SALES, 2007, p. 141).

A mediação pode ser definida como

[...] um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito (HAYNES; MARODIN, 1996, p. 11).

É uma alternativa para resolver disputas judiciais. Nas Varas de Família, a mediação apresenta vantagens frequentes comparando com os litígios, porque facilita a comunicação futura entre as partes, o que é necessário quando o futuro de filhos está em jogo (GRUNSPUN, 2000, p. 14).

Para Grunspun, mediação familiar é a intervenção de mediadores nas famílias da comunidade, íntegras ou em vias de separação, de forma preventiva, tentando evitar o divórcio ou interferindo no início das separações (GRUNSPUN, 2000, p. 17).

A palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes de uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito (HAYNES, 1996, p. 11).

O tratamento do conflito através da mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia. Os contextos nos quais é possível aplicá-la são vários: mediação judicial, mediação no Direito do Trabalho, no Direito Familiar, na escola, dentre outros. Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para,

na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento (SPENGLER, 2014, p. 45).

Nesse contexto, a mediação é considerada atualmente como maneira “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal” (WARAT, 2001, p. 05).

O papel do mediador é ajudar os casais a se comunicarem efetivamente, através de uma discussão racional sobre o que é melhor para cada um deles e para os filhos.

O mediador familiar não é especificamente relacionado a área do direito. [...] O profissional pode se originar de vários campos de conhecimento incluindo: advogados, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, sociólogos, sacerdotes, educadores, especialistas financeiros e que recebem treinamento para se tornarem mediadores, num trabalho voluntário sem fins lucrativos (GRUNSPUN, 2000, p. 18).

A resolução do conflito pela mediação familiar pode simplesmente e de forma suficiente alinhar os assuntos de tal forma que os participantes façam progressos suficientes para suas finalidades, na maioria das vezes centralizando os filhos e preferindo chegar a uma declaração de acordo do que se manter na situação de incerteza e estresse por uma declaração de desacordo (GRUNSPUN, 2000, p. 20).

Diante de toda a questão suscitada pela síndrome da alienação parental, urge a necessidade de adoção de medidas que, efetivamente, surtam resultados, seja na prevenção ou na recuperação das vítimas. O pai ou a mãe que frustra no filho a expectativa de convívio com o outro genitor viola e desrespeita os direitos do menor, abusando de seu poder familiar (SELONK *in* OLTRAMARI; [Orgs.], 2014, p. 10).

Os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e

pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional (SARLET, 2007, p. 82).

Conforme saliente Rosana Cipriano Simão,

[...] o pai ou mãe que frustra no filho a justa expectativa de conviver com o outro genitor, com o qual não reside, viola e desrespeita os direitos da personalidade do menor em formação, cabendo aos operadores do direito coibir tais procedimentos e dar efetividade às garantias constitucionais, protegendo os direitos de crianças e adolescentes, prioridades absolutas do Estado Democrático de Direito. Por estas razões, o combate à Alienação Parental é questão de interesse público, ante ao interesse social na formação de indivíduos plenos, providos em suas necessidades psíquicas e a salvo de abusos morais, para o que se faz necessário exigir uma paternidade/maternidade responsável, compromissada com as imposições constitucionais, e com a higidez mental das crianças (SIMÃO *aput* PAULO, 2011, p. 7).

A mediação acarreta verdadeira organização do conflito, aproximando os interesses dos envolvidos, até então divergentes, de modo a alcançar resultados positivos (SELONK *in* OLTRAMARI; [Orgs.], 2014, p. 12)”.
 Nas palavras de Fuga,

[...] há toda evidência de que a mediação familiar reorganiza o conflito e o transforma, demonstrando a nova funcionalidade da família e reaproximando os interesses dos entes envolvidos. Há a remodelação dos contornos familiares, minorando os efeitos de transição decorrentes da ruptura da união conjugal, mesmo aqueles efeitos nefastos que atingem as famílias transformadas em monoparentais, porque o que ocorre é uma reestruturação organizacional da família. Os laços são mantidos para além da separação, reforçando a função educativa da mediação. A mediação familiar garante uma relação materno-filial e paterno-filial. O objetivo final da mediação familiar não é só restabelecer uma comunicação, mas transformar o conflito relacional, mesmo que em apenas algum aspecto” (FUGA *aput* SELONK *in* OLTRAMARI, 2014, p. 12).

No Judiciário, “[...] é imperioso que os juízes se dêem conta dos elementos identificadores da alienação parental, determinando, nestes casos, rigorosa perícia psicossocial para, aí então, ordenar as medidas necessárias para a proteção do infante. Observe-se que não se cuida de exigir do magistrado – que não tem formação em Psicologia – o diagnóstico da alienação parental.” Prossegue afirmando que, “[...] o que não se pode tolerar é que, diante da presença de seus elementos identificadores, não adote o julgador, com urgência máxima, as providências adequadas, dentre as quais o exame psicológico e psiquiátrico das partes envolvidas” (FONSECA, 2007, p. 14).

Considerações Finais

Como consequência da Alienação Parental, os filhos podem vir a desenvolver problemas psicológicos e até transtornos psiquiátricos para o resto da vida.

Alguns dos efeitos devastadores sobre a saúde emocional, já percebidos pelos estudiosos, em vítimas de Alienação Parental, são: vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade ou nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem; dificuldade de adaptação em ambiente psicossocial normal; insegurança; baixa autoestima; sentimento de rejeição, isolamento e mal-estar; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido traído e usado pela pessoa que mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado

Há toda evidência de que a mediação familiar reorganiza o conflito e o transforma, demonstrando a nova funcionalidade da família e reaproximando os interesses dos entes envolvidos.

Há a remodelação dos contornos familiares, minorando os efeitos de transição decorrentes da ruptura da união conjugal, mesmo aqueles efeitos nefastos que atingem as famílias transformadas em monoparentais, porque o que ocorre é uma reestruturação organizacional da família. Os laços são mantidos para além da separação, reforçando a função educativa da mediação.

A mediação familiar garante uma relação materno-filial e paterno-filial. O objetivo final da mediação familiar não é só restabelecer uma comunicação, mas transformar o conflito relacional, mesmo que em apenas algum aspecto.

À vista disso, a Mediação Familiar se apresenta como uma alternativa para melhor garantir ou então efetivamente concretizar os direitos fundamentais das crianças/adolescentes.

A pesquisa é de suma relevância, considerando a frequência e a intensidade com que vem acontecendo as Alienações parentais e, tende a crescer cada vez mais, o número de crianças/adolescentes que vem sofrendo abusos morais.

Por isso, é urgente e necessário criar mecanismos de proteção a esse grupo de indivíduos, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, pois nenhum filho merece sofrer essa tortura psicológica.

Referências

FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. Síndrome da Alienação Parental. **Revista Brasileira de Direito de Família**, fev/mar 2007, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM.

GOLDRAJCH, Danielle; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. A Alienação Parental e a reconstrução dos vínculos parentais: uma abordagem interdisciplinar. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, 2006.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos**. São Paulo, 2000.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da Mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

PAULO, Beatrice Marinho. Alienação Parental: Identificação, Tratamento e Prevenção. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, out/nov 2007, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SELONK, Rafael; OLTRAMARI, Fernanda. Síndrome da Alienação Parental e a Mediação como caminho possível. **Revista Perspectiva**, Erechim, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos da Mediação**. E-book Editora, Santa Cruz do Sul, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, v. 1, 2001.

O exercício da advocacia no procedimento de mediação

Vinicius Galeazzi Borré¹

Adalberto Narciso Hommerding²

Considerações Iniciais

Diariamente, novos conflitos chegam ao Poder Judiciário para serem decididos. Isso faz com que haja uma sobrecarga excessiva de processos, cujas consequências são a pouca efetividade na solução dos litígios e a perda da credibilidade do Judiciário. A prestação

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Brasileira de Tributação – FBT. Advogado. E-mail: viniciusborre@gmail.com.

² Possui graduação em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (1993), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005) e pós-doutorado em Direito pela Universidad de Alicante, Espanha (2012). Atualmente é professor da URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo, na graduação e pós-graduação, inclusive Mestrado e Doutorado em Direito; professor palestrante nos cursos de preparação para Magistratura e Ministério Público na escola da AJURIS - Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul - e da Escola da FSMP - Fundação Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, respectivamente; professor palestrante convidado nos cursos de pós-graduação do IESA - Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo/RS e da UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Também é professor convidado nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal do Tocantins, Palmas/TO, FAPLAN/Anhanguera, Universidade do Contestado (Caçador/SC) e FEMA, de Santa Rosa/RS, IMED, de Passo Fundo/RS. É Juiz de Direito na Comarca de Santa Rosa, no Estado do Rio Grande do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Processo e Teoria da Legislação, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos fundamentais, Direito Constitucional, jurisdição constitucional, Teoria da Legislação, Filosofia do Direito, Sociologia do Direito, Hermenêutica, Processo Civil e Direito das Coisas.

jurisdicional, assim, não tem apresentado respostas adequadas, céleres e efetivas aos conflitos, o que faz necessário repensar a jurisdição, em especial no que diz com a possibilidade de utilização de meios alternativos para a resolução dos conflitos.

Aí é que parece ter lugar o instituto da mediação, como meio alternativo, mais célere e mais efetivo, na medida em que possibilita às próprias partes colocar fim no conflito. A mediação, assim, pode constituir-se em uma alternativa à *cultura da sentença*, tradicionalmente desenvolvida nos foros do país. A cultura da sentença, porém, não é algo que se pode tributar tão somente ao Poder Judiciário. Mais que isso, ela está ligada diretamente aos profissionais da advocacia que, em sua maioria, não estão preparados para lidar com meios alternativos de solução de litígios e acabam por não oportunizar aos seus clientes a submissão à mediação.

A crise do Poder Judiciário, portanto, é uma crise decorrente do próprio perfil da advocacia, dos operadores do direito. É uma crise de paradigma. Continuamos apegados à cultura do litígio e, pois, da sentença, como se as relações sociais contemporâneas continuassem descomplicadas como eram há mais de século; esquecemos, assim, de que a complexidade cada vez mais reinante em nossa sociedade nos conduz a uma nova cultura, distinta, cujos conflitos requerem novas formas de tratamento e solução.

O tratamento dessa complexidade exige, então, um novo perfil do operador do direito. Não que o perfil tradicional deva ser descartado, mas, sim, complementado por um novo perfil que exige o desenvolvimento de novas habilidades, em especial do advogado. Tais habilidades devem poder servir como condição de possibilidade para amenizar a cultura da litigiosidade marcada pelos opostos adversários *amigo e inimigo, perdedor e ganhador*.

1 Da crise no judiciário e do processo de mediação

1.1 A crise do Poder Judiciário e a política nacional de tratamento adequado dos conflitos

A excessiva demora do processo judicial tem sido alvo de muitas críticas. Como dito, o sistema tradicional de resolução dos conflitos não consegue dar conta do volume de demandas pendentes de solução por parte do Poder Judiciário. Daí o descrédito cada vez mais crescente do Judiciário, pois o acesso à justiça termina por se reduzir ao ingresso de ações em juízo sem que, do ponto de vista da solução eficiente e efetiva, os litígios sejam resolvidos. Claro que há um problema estrutural: falta de pessoal, falta de equipamentos, excesso de processos, orçamento diminuto etc. Mas, como referido, o problema também é cultural porque o mecanismo predominantemente utilizado pelo Poder Judiciário é o da *solução adjudicada dos conflitos*, ou seja, a resolução do litígio por meio de uma sentença. É a *cultura da sentença* a justificar o aumento cada vez maior da quantidade de recursos e o congestionamento dos tribunais, em especial dos superiores (WATANABE, 2011).

A procura do Poder Judiciário para a solução de todo e qualquer tipo de controvérsia, independentemente da complexidade de cada demanda, levou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – a editar a Resolução nº 125/2010 para estabelecer a *Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário* (WATANABE, 2011). A preocupação, portanto, do Poder Judiciário volta-se, assim, para o incentivo e fortalecimento dos meios alternativos para a solução de conflitos. Destaca-se da Resolução referida um rol de fatores a confirmar a importância dos métodos alternativos, como, por exemplo: a) atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciais e aos processos contenciosos, e, sim, como acesso à ordem jurídica justa; b) direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados à

sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação; c) obrigatoriedade do oferecimento de serviços de orientação e informação e de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, além da solução adjudicada por meio de sentença; d) preocupação pela boa qualidade desses serviços de resolução de conflitos, com a adequada capacitação, treinamento e aperfeiçoamento permanente dos mediadores e conciliadores; e) disseminação da cultura de pacificação, com apoio do CNJ aos tribunais na organização dos serviços de tratamento adequado dos conflitos, e com a busca da cooperação dos órgãos públicos e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos de interesses.

A possibilidade de utilizar o instituto da mediação, assim, é o resultado da criação de uma política nacional voltada à defesa do uso de meios alternativos de resolução dos litígios. Uma das possibilidades daí decorrentes está no fato de que, bem aplicada, a mediação pode converter-se num instrumento capaz de aportar condições para uma mudança cultural da sociedade, transformando e fortalecendo os laços sociais, ao mesmo tempo em que pode auxiliar a descentralizar a solução dos conflitos, fazendo o caminho inverso da monopolização do processo judicial com abertura de novos procedimentos eficazes, o que, convenhamos, já é um ganho para a sociedade.

As críticas à cultura do litígio vêm de longa data. Para ficar apenas com um autor crítico desse modelo, podemos citar Luiz Alberto Warat. A crítica de Warat é simples e direta: no processo judicial a única coisa que importa é o que está posto nos autos. Assim, *características externas* não são levadas em consideração, como, por exemplo, as questões mais abrangentes do conflito. Para Warat, no processo de mediação, onde ingressa a *sensibilidade* como nota de destaque, o modo de tratamento do conflito passa a ser

diferente (WARAT, 2010). E isso pode auxiliar sobremaneira no tratamento e na solução do conflito.

A Resolução nº 125/2010, portanto, bem aplicada, pode contribuir para a mudança da cultura litigiosa, induzindo outras classes, em especial o ambiente acadêmico, a discutir e utilizar outras formas de solução de conflitos (COSTA, 2014), com destaque aqui para a mediação. A mediação consiste em uma espécie de *negociação assistida*, caracterizada pela não-adversariedade, voluntariedade, imparcialidade, independência e sigilo, que envolve a intervenção solicitada e aceita de um terceiro. As decisões permanecem sob a responsabilidade dos envolvidos no conflito, havendo a participação de um especialista em comunicação e negociação, cuja função é facilitar a comunicação entre as pessoas em litígios e ajudá-las a alcançar uma solução de benefício e satisfação mútuos (AMORIM, 2013).

1.2 Da mediação como forma de tratar o conflito

A crítica à ideia tradicional de que o Estado Juiz, no paradigma do modelo estatal de resolução dos litígios, apresenta decisões que nem sempre resultam na resolução do conflito, crítica essa feita, dentre outros autores, por Luiz Alberto Warat, destaca a mediação como proposta de solução por meio da promessa de amor, do cuidado com os mínimos detalhes do outro, de recuperação do problema humano e da assunção de uma responsabilidade pela realidade de co-reproduzirmos com nossas práticas e posturas (WARAT, 2004). Para Warat, o único sentido de verdade que importa é o que provém do *ser como consciência*, e a consciência do ser é a que vem com a *sensibilidade*. Logo, percebe-se que a *palavra nuclear da mediação é sensibilidade*. Segundo Warat, a sensibilidade é um dos grandes temas atuais do milênio. Juntar sensibilidade, mediação e alteridade é um modo de pensar o lugar do direito na cultura emergente do terceiro milênio.

Na análise de Luiz Alberto Warat - ao tratar dos variáveis sentimentos envolvendo os que litigam, destacando que, quando estamos envolvidos em um conflito, os sentimentos que afloram são ódio, ciúmes, raiva, entre outros relacionados com a negatividade -, quando nos submetemos à mediação, podemos criativamente fazer com que o medo dê lugar ao destemor, a raiva à compaixão, e o ódio ao amor, fazendo assim com que o problema desapareça. Para Warat, é necessário ser autêntico para *ficar mediado*. Os *sentimentos ruins*, portanto, fazem parte do modo de solução de conflito pela mediação. Assim, é necessário passar por essa fase, sendo que a função do mediador começa por aí: quem não passa pela raiva, o ciúme, a dor, não pode alcançar o amor.

No que tange ao papel do mediador, este não pode se preocupar em intervir no conflito, em transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a *sentir seus sentimentos*. Cabe ao mediador, portanto, entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas, e não ao conflito como se fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas.

A mediação, portanto, como dito anteriormente, é uma forma de tratar o conflito com base na sensibilidade e no reconhecimento do outro. Logo, cabe ao mediador auxiliar as partes para que possam celebrar acordos do coração, promessas assinadas desde os sentimentos; sentimentos esses que fazem com que a mediação possa atingir a simplicidade e a raiz do conflito.

Na linha de raciocínio de Warat, o que se procura com a mediação é uma reconstrução simbólica, imaginária e sensível com o outro do conflito. O mediador, assim, tem que ajudar cada pessoa do conflito para que ela aproveite como uma oportunidade vital, um ponto de apoio para o entendimento e reestabelecimento dos laços afetivos.

Diferentemente do modo de solução adjudicada, que se dá por meio da sentença, que, como dito, muitas vezes não consegue por fim ao conflito no sentido mais profundo, os benefícios da mediação,

como *autocomposição ecológica*, justificam-se por duas razões: a primeira, porque ela pode ser considerada como uma forma de realização da autonomia, na medida em que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças; a segunda, porque a mediação é uma forma ecológica, na medida em que, ao procurar uma negociação transformadora das diferenças, facilita uma considerável melhoria na qualidade de vida em sociedade. Dito de outro modo, comparando com a forma convencional de resolução de conflitos por meio do Estado Juiz, enquanto a mediação põe fim ao conflito porque reestabelece os laços entre as partes, auxiliando para o bom convívio social, o modo convencional nem sempre resulta no fim do conflito, uma vez que uma decisão judicial não reestabelece por si só os laços de sentimentos.

Assim, segundo Warat (2004), a mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem o auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio (verdade formal contida nos autos), mas visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito no sentido psicológico, cultural e social. Ao mediador cabe a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.

1.2.1 Da mediação no Brasil

Embora prática utilizada pelas instituições privadas há aproximadamente trinta anos, e embora bem antiga, a mediação, por ser pouco difundida, somente foi reconhecida muito recentemente pelo Poder judiciário. Esse reconhecimento pelo Judiciário deve-se aos benefícios oriundos da mediação percebidos no âmbito extrajudicial. Este e outros processos alternativos estão sendo cada vez mais aceitos pelo Judiciário, na tentativa de amenizar a crise do sistema de distribuição da justiça e oferecer novas formas estruturais para resolução das demandas a fim de promover a

pacificação e a concretização dos direitos humanos (FARIAS, 2018). O Brasil, assim, vem passando pelo momento da produção normativa de meios alternativos à resolução dos conflitos, em especial no que diz com a mediação, que está contida na Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, no Novo Código de Processo Civil e na Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015).

A compreensão da mediação, no entanto, muitas vezes, tem sido desvirtuada, pois o instituto acaba sendo interpretado como uma forma para desafogar o Judiciário. Na verdade, porém, o objetivo da mediação é muito mais abrangente. Sua característica é a de ser um tratamento mais sensível e humanitário do conflito, servindo para o tratamento do conflito na essência, com o reestabelecimento de vínculos e tratamento das diferenças. Assim é que o *Direito da cidadania* e a *justiça cidadã*, segundo Warat, surgem como ideias novas no pensamento jurídico transmoderno constituindo formas de humanização do Direito e da justiça, afastando-se de uma concepção normativa de resolução de conflitos, que burocratizou o estabelecimento de litígios e desumanizou seus operadores. Assim, humanizar o Direito, para Warat, significaria reduzir a expressão do seu poder normativo, podendo tal humanização, na transmodernidade, basear-se na mediação como condutora desse direito.

O receio que existe, no entanto, com relação à normatização da mediação, impulsionada pelo Poder Judiciário, diz com a possibilidade de uma relativização do procedimento, fazendo com que perca a sua essência e com que ocorra uma desqualificação e perda da credibilidade da sua eficiência. Daí por que a mediação adequada deve ser aquela em que as partes têm a consciência de que podem pôr fim ao conflito com o auxílio de um terceiro neutro e imparcial, e também aquela em que as partes tendam a manter uma relação pós-conflito. A mediação, por ser flexível, permite a facilitação da comunicação entre as partes fazendo que o conflito seja resolvido, muitas vezes, de forma criativa e não engessada pela lei (COOLEY, 2001). A mediação que pensamos ser ideal, portanto,

é aquela que objetiva enxergar o direito para além do processo e da jurisdição, e que não deixa de ser igualmente uma expressão nobre do Direito (DIAS, 2010).

Nesse aspecto, dentre tantas perguntas que se podem fazer, há duas em especial: a) qual o papel da presença do advogado no procedimento da mediação, tanto judicial como extrajudicial? b) Qual o perfil da advocacia no contexto da mediação? Sabe-se que, quando a mediação é judicial, a lei determina que a presença dos defensores e advogados é obrigatória (art. 26 da Lei nº 13.140/2015)³; todavia, quando o processo é extrajudicial, a lei apenas recomendou sua participação (art. 10 da Lei nº 13.140/2015)⁴. Nesse contexto, quais são os deveres dos advogados no âmbito da mediação?

2 Novo perfil da advocacia frente a mediação

Na Filosofia, o ramo que trata dos fundamentos éticos e legais referente às ações, condutas, profissões, é a deontologia; no Direito, o estudo dos deveres dos agentes é denominado deontologia jurídica. Um dos nomes de destaque da deontologia é o do filósofo inglês Jeremy Bentham. A finalidade da deontologia é estabelecer uma ética objetiva, procurando equiparar as ciências sociais com as ciências exatas, isto é, com alguns valores como deveres e obrigações no campo social e jurídico, tendo como fundamentos o prazer e o castigo (LANGARO, 2006). A deontologia, *groso modo*, diz com os estudos dos deveres, o que é de vital importância para análise do novo perfil da advocacia pelo prisma da mediação, que possui características próprias e singulares.

Com relação aos deveres de um advogado frente a uma possível demanda, podemos identificar três deveres básicos: o

³ Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas [Leis nos 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), e [10.259, de 12 de julho de 2001](#).

⁴ Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. **COLOCAR A LEI**

primeiro é o de verificar os direitos do seu cliente e lutar por justiça; o segundo é auxiliar o Judiciário buscando esse fim máximo e a melhor aplicação do direito; e o terceiro diz com o papel social que o advogado deve cumprir na sociedade (COSTA, 1997). A mediação exige um perfil diferenciado com o desenvolvimento de qualidades distintas daquelas necessárias e utilizadas no paradigma do conflito, ou seja, dos tribunais.

A mediação é uma técnica não adversarial e incentiva o diálogo entre as partes que, por meio do auxílio dos seus advogados, constroem a solução para o conflito que as envolve. O mediador, por sua vez, não pode ser totalmente neutro, pois tem o dever e o compromisso com a prática cidadã e com a realização da justiça. Deve, porém, atuar com imparcialidade, evitando que uma pessoa mediada fique prejudicada em razão da outra (DIAS, 2010).

Na mediação há um distanciamento do formalismo e do simbolismo representados pela jurisdição tradicional. Há uma maior autonomia para as partes em achar a melhor solução do conflito, fazendo do conflito um fator de aprendizagem e crescimento para os envolvidos.

Como os meios alternativos de solução de conflitos, cada vez mais, ganham espaço dentro e fora da jurisdição estatal, os clientes certamente passarão a exigir do profissional da advocacia mecanismos mais eficientes e céleres para a solução do conflito, com economia de tempo e de dinheiro. Assim é que, frente às constantes transformações a que o direito se submete, vem surgindo um novo mercado para a advocacia, além da costumeira e tradicional tarefa de conhecer os problemas e apresentar soluções (COOLEY, 2001).

2.1 O processo de mediação e a exigência de um novo perfil de advogados

A mediação, como forma alternativa de resolução de conflitos, é um *meio adicional*, e não uma forma de substituição do processo judicial. O processo judicial seguirá sendo utilizado, mas a mediação

vem para ser uma espécie de procedimento complementar e alternativo ao das fórmulas já existentes de solução de conflitos (DINAMARCO, 2000). Assim, o advogado, que se encontra inserido no mercado de trabalho e que cumpre relevante papel social de auxiliar na ordem jurídica, necessita desenvolver técnicas e habilidades a fim de colaborar com esse importante instrumento de pacificação social. Cabe, então, ao dito profissional, ao se deparar com um problema, identificar se aquele caso específico pode ser tratado por via de um processo alternativo de solução de conflito, como, por exemplo, a mediação, buscando o melhor resultado para satisfazer não só as necessidades econômicas, mas, também, solucionar as controvérsias psicológicas e emocionais das partes envolvidas no conflito.

A mediação, na essência, como dito, difere do procedimento judicial. Ela trata o conflito de forma mais profunda. Ao advogado, então, cabe fazer a constatação, após analisar o conflito em questão, se o procedimento pode ir ou não para os meios alternativos de solução de conflitos. Em caso positivo, o profissional deverá ter a capacidade de reconhecer a melhor alternativa para a orientação sobre o procedimento, orientando seu cliente sobre as *regras do jogo*, uma vez que o ofício do mediador não é o de tomar decisão pelas partes.

Os operadores do direito que já tenham trabalhado com a mediação em algum caso exitoso sabem o quão benéfico pode ser esse procedimento para as partes. O que não se pode, porém, é pretender generalizar o referido procedimento. Cabe, assim, ao advogado realizar esse filtro e identificar os conflitos que não possam ser a ela submetidos em razão da complexidade e do grau de emoções envolvidos. Não restando outra alternativa, aí, sim, deve-se socorrer da via judicial.

A orientação da mediação como melhor alternativa pode ser melhor explicada por se constituir ela um estímulo às partes a fim de que alcancem um entendimento. Roger Fischer e William Uri, por exemplo, são autores que descrevem a criação de ganhos mútuos como uma das formas de estímulo. Para ambos os autores, na

mediação há uma espécie de negociação baseada em princípios, que se opõe ao modelo tradicional que pode ser visto por muitos como um *jogo com barganhas* e onde cada parte assume uma posição. Fisher e Ury sugerem, assim, que a negociação seja iniciada a partir dos seus méritos, ressaltando as vantagens mútuas. Quando houver pontos controvertidos, que os critérios de solução sejam baseados no justo, independentemente das partes e de suas vontades (FISCHER; PATTON, 1994).

O papel do advogado pode ser de vital importância para o êxito dessa negociação que possui quatro pontos fundamentais: primeiro, separar as pessoas dos problemas; segundo, concentrar-se nos interesses, e não nas posições; terceiro, criar opções de ganhos mútuos; e, quarto, insistir em critérios objetivos. Com observância desses pontos, o causídico pode ajudar a criar opções, buscar benefícios mútuos e tornar pontos controvertidos mais claros, facilitando as decisões da outra parte. Veja-se que um advogado capacitado e habilidoso pode produzir uma série de resultados para ambos os lados. John W. Cooley, nesse sentido, leciona o seguinte:

Os advogados criativos agora têm uma solução para o seu dilema – um mediador. Nas reuniões para deliberação o mediador pode funcionar como uma caixa de ressonância para idéias criativas, testando-as, talvez melhorando-as, e até mesmo sugerindo idéias adicionais. Assim, o mediador pode conferir legitimidade e credibilidade às idéias, apresentando-as aos advogados da outra parte numa reunião fechada separada. O choque instantâneo que experimentaria o advogado da outra parte quando exposto a uma nova idéia, a uma nova proposta, ou a uma nova perspectiva da mesma situação é temperado pelo contexto da exposição – a neutralidade, a imparcialidade e a equanimidade do mediador. Como a nova idéia parece ter-se originado a partir do mediador, é mais provável que o advogado da outra parte tente verificar sua relevância enquanto solução ou elemento de uma solução (COOLEY, 2001, p. 56-57).

Quando os advogados atuam criativamente em colaboração com o mediador e com foco no melhor resultado para ambas as

partes, as chances de êxito do procedimento aumentam infinitamente, pois os interesses individuais ficam em segundo plano. Além do mais, com a colaboração do defensor para as soluções construídas pelas partes, seu papel social de pacificação também se realiza, uma vez que o resultado positivo põe fim ao conflito e ameniza os seus desdobramentos, o que nem sempre acontece na via judicial.

A sensibilidade, como já referido, é o que norteia a mediação. Os laços de sentimentos são resolvidos e esclarecidos a fim que não tenham influencia na esfera econômica do conflito, sobressaindo-se, então, as oportunidades de crescimento pessoal e dos sentimentos com o outro em detrimento do individualismo (FRANZ, sa).

2.2 A importância do advogado na mediação

O que os advogados não podem esquecer é que os mediadores atuam de forma neutra e imparcial. O ofício do mediador tem por função auxiliar as partes a encontrar os pontos negociáveis que possam terminar com a situação conflitiva, a ponto de permitir que elas mesmas encontrem a melhor solução. É nesse ponto que encontramos a função dos advogados, qual seja, preparar o seu cliente para a mediação e informá-lo a respeito da funcionalidade desse procedimento (AZEVEDO, 2003). É de clara importância que as partes reconheçam e sintam a essência do procedimento da mediação. Não estando de coração aberto e suficientemente preparadas para entender a finalidade desse processo, bem como para ter uma participação satisfatória (COOLEY, 2001), o resultado da mediação pode ser *nada*.

Por isso cabe ao advogado apresentar esse método alternativo e fazer com que o cliente se sinta seguro em participar de forma plena, o que significa fazer com que este não tenha medo de abrir seus sentimentos e escondê-los do outro mediando com receio de estar prejudicando a si mesmo. Somente dessa forma a mensagem será captada pelo mediador que, então, poderá desenvolver seu

trabalho a fim de solucionar o litígio, cumprindo seu papel de induzir as partes.

O mediador deve motivar as pessoas para a busca da solução. Por conseguinte, ao advogado cabe uma posição de liderança nas negociações. O fato de o procedimento da mediação ainda estar em fase inicial na cultura jurídica do nosso país não pode ser motivo para intimidação da advocacia fazendo com que o causídico atue de forma passiva e meramente observadora. Em outras palavras, o advogado deve dominar as táticas de negociações e fazer intervenções adequadas e no momento oportuno (AZEVEDO, 2003).

No que tange às táticas de negociação, John Cooley as diferencia em *táticas competitivas*, *cooperativas* e *de desvio*. Todas elas possuem ramificações e especializações. Para fins dos limites deste texto, importa apontar as características de *afirmatividade* e de *cooperatividade*. As primeiras referem-se aos interesses dos clientes; as segundas apresentam-se no sentido de preocupação e cooperação com o outro (COOLEY, 2001).

As táticas empregadas na mediação variam de acordo com os interesses do cliente e do andamento do processo. Daí por que a necessidade de um novo perfil da advocacia a demandar conhecimento e preparação. Quando necessária uma solução rápida ou favorável de acordo com o interesse do cliente, deve o advogado usar a tática competitiva (tática assemelhada as usadas nos Tribunais). A tática cooperativa, por sua vez, deve ser utilizada quando o objetivo é encontrar soluções que devem estar em harmonia com os sentimentos do outro, sendo de extrema importância para trabalhar sentimentos negativos. Quando, porém, for necessário acalmar os ânimos, a tática utilizada é a do desvio (AZEVEDO, 2003).

Cooley, após estudar as táticas empregadas, conclui que a mais alta possibilidade de se alcançar um resultado aceitável ocorre quando o advogado adota comportamentos colaborativos e competitivos. Quando, no entanto, os advogados de ambas as partes

adotam comportamentos competitivos, as possibilidades de resolução são bastante baixas (COOLEY, 2001).

Na mediação, a relação entre os sujeitos não é adversarial, mas, sim, de cooperação para a conservação dos laços afetivos, a fim que todos possam compreender a situação uns dos outros (DIAS, 2010). Isso também deve ser observado pelos profissionais da advocacia, a fim de que não sejam os *protagonistas* do procedimento e acabem desvirtuando esse importante instituto do direito. Um profissional qualificado da advocacia contribui de forma especial ao procedimento da mediação, facilitando o entendimento do procedimento pelas partes e clareando os aspectos jurídicos do problema. Esse conhecimento do instituto tem o condão de fortalecer os métodos alternativos de resolução de conflitos e oferta condições de possibilidade para transformar a cultura da sociedade num sentido positivo, possibilitando *empoderamento social*.

Claro que pode haver, como de fato ainda há, receio dos advogados com relação ao procedimento, que pode parecer novo e ainda não familiar se comparado com a cultura do litígio dos tribunais. É, porém, claro e inequívoco que estamos diante de um mercado promissor a ser explorado pela advocacia.

Para Frank Sander, é necessário que os operadores do direito, em especial os advogados, tenham ao menos uma experiência bem sucedida no processo de mediação a fim de que haja o convencimento a respeito do processo. A sugestão de Sander é a de que os estudantes de Direito, ainda na graduação, sejam familiarizados com os métodos alternativos de resolução de conflitos (SANDER, 2000). E de fato é verdade que a grande maioria das universidades não oferece cadeiras de mediação e arbitragem como parte do currículo obrigatório, sendo que a grande maioria as disponibiliza de forma opcional e eletiva.

Há, ainda, um receio dos profissionais em perder o controle sobre o caso, o que não deve prosperar ante a importância do procedimento e de um advogado preparado, pois o processo de mediação também exige um estudo profundo e contempla táticas de

negociações, como as referidas anteriormente. Além do mais, cabe ao advogado orientar o cliente e esclarecer as regras do procedimento a fim de permitir o bom andamento para solução do litígio, não podendo tal função ser desqualificada ou tratada com menor importância (AZEVEDO, 2003).

Outro ponto obscuro para alguns profissionais e não menos importante diz com os honorários advocatícios. Pelo fato de a mediação ser um processo mais célere, ela pode parecer menos trabalhosa e, por isso, aparentemente significar um menor retorno financeiro. Isso continua levando muitos advogados a seguir preferindo o longo caminho do processo judicial. A consequência é a de que a cultura do litígio acaba criando barreiras à propagação das formas alternativas de solução dos problemas. Daí a importância do tempo, pois apenas com o passar do tempo e com o conhecimento acumulado dos benefícios oriundos de tais métodos é que poderá haver a aceitação desejada pelos advogados e pela sociedade.

Uma das conclusões é a de que o profissional que tiver o diferencial de solucionar as questões de forma efetiva e rápida terá, por conseguinte, um diferencial em relação aos demais, que poderão aconselhar seus clientes a aderirem a tais processos, apontando os benefícios e a funcionalidade do procedimento. Sem dúvidas, uma solução rápida e eficiente é um importante instrumento de *marketing* para o profissional da advocacia, que não acarretará redução dos ganhos financeiros desde que o conflito seja solucionado com eficiência (AZEVEDO, 2003).

Inegável, portanto, que a mediação e os outros métodos podem e deve constituir-se em tendência e importante campo para a advocacia. Essa consciência cultural, porém, precisa ser trabalhada desde a Graduação em Direito, uma vez que os estudantes são mais abertos a novas perspectivas. A falta de conhecimento dos métodos alternativos de solução de conflitos é um dos maiores obstáculos para a difusão da mediação, por exemplo, como meio de solução de conflitos eficaz (AZEVEDO, 2003).

Considerações Finais

A advocacia cumpre um importante papel social. Nos últimos anos, tem havido um crescente aumento da massa de profissionais do Direito. Muitos, porém, não têm a qualificação desejada. Isso faz com que a classe precise se modificar reinventando-se a fim de manter e recuperar a credibilidade da profissão.

A crise do Judiciário não decorre de sua responsabilidade tão somente. Os profissionais da advocacia também precisam reconhecer parcela dessa responsabilidade, pois muitas vezes fomentam e direcionam clientes para a cultura da sentença e do litígio, o que se deve em boa parte à falta de conhecimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

É inegável que a sociedade contemporânea precisa encontrar meios eficazes e mais céleres de solução de demandas. Também é necessária a presença de um direito fraterno, que reconhece o outro, em detrimento do individualismo dominante nas nossas relações sociais.

O mercado da advocacia exige um profissional bem preparado para atuar nos tribunais, mas exige também um profissional que colabore com os demais operadores do direito na concretização do acesso à justiça e da pacificação social, efetivando direitos e garantias fundamentais.

O advogado preparado para atuar nos procedimentos alternativos, além de uma boa preparação, deve ser um profissional mais sensível, apto a perceber o conflito na sua magnitude. Por se encontrar a mediação numa fase inicial de aceitação pelos profissionais do Direito e pela sociedade, cabe ao advogado conhecer plenamente as tais formas alternativas para que assim possa desempenhar sua função social em colaboração com o Poder Judiciário. Isso provocará uma mudança cultural no sentido de empoderar socialmente os próprios indivíduos, tornando estes responsáveis pela resolução dos seus problemas.

Referências

- AMORIM, Eliane Pelles Machado; SCHABELL, Corinna Margarete Charlotte. **Mediação não é Conciliação**: Uma reflexão acerca da especificidade desses dois meios de pacificação social. In: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem – coletânea de artigos./Carla Sahium Traboulsi (Org.) et al. – Goiânia: Kelps, 2013.
- AZEVEDO, André Gomma. **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol 2 .Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. E82a 512 p. ISBN 1. Resolução alternativa de disputas 2. Arbitragem 3. Mediação 4. Negociação. I. Azevedo, André Gomma de, CDU 347.918. cap. 22.
- BRASIL. [Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm). Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 03 jan. 2018.
- BRASIL. [Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm). Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm> Acesso em: 03 jan. 2018.
- COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Trad. René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- COSTA, Elcias Ferreira. **Deontologia Jurídica**: ética das profissões jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- COSTA, Helena Dias Leão. **A cultura da sentença e a necessária atualização do conceito de acesso à justiça**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48780&seo=1>>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Mediação, Cidadania e Emancipação Social**. Belo Horizonte. Ed. Fórum. 2010.
- DINAMARCO, Cândido Dinamarco. **A Instrumentalidade do Processo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIAS, Juliana Guanaes. **Panorama da Mediação no Brasil:** avanços e fatores críticos do Marco Legal. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4543/2956>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao Sim:** negociação de acordos sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FRANZ, Patricia. 13 Ohio St. J. on Disp. Resol. 1039.

LANGARO, Luiz Lima. **Curso de Deontologia Jurídica.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia.** Tradução e organização de Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na Pororoca:** O ofício do Mediador. Vol III. Florianópolis. Fundação: BOITEUX. 2004.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário** Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. 22 jun.2011. Disponível em: <www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/.../ParecerDesKazuoWatanabe.pdf> f.> Acesso em: 03 jan. 2018.