



AUTORES

Bruna Escobar Teixeira
Bruno Rafael dos Reis
Camila Duarte
Charlene Dewes Dornelles
Cristiane de Lima Geist
Daniel Mayer de Brum
Diego Guilherme Rotta
Gabriela Felden Scheuermann
Gerson Osvaldo de Souza
Jonathan Dalla Rosa Melo
Renan Ruschel Nunes
Renato Kusiak
Sandra Marisa Lameira

CONFLITO, ALTERIDADE E DIREITOS HUMANOS

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

Organizadora

ISBN 978-85-8443-154-0

 **MULTIDEIA**
editora

**CONFLITO,
ALTERIDADE E
DIREITOS HUMANOS**



Multideia Editora Ltda.
Rua Desembargador Otávio do Amaral, 1.553
80710-620 - Curitiba - PR
+55(41) 3339-1412
editorial@multideiaeditora.com.br

Conselho Editorial

Marli Marlene M. da Costa (Unisc)	Luiz Otávio Pimentel (UFSC)
André Viana Custódio (Unisc)	Orides Mezzaroba (UFSC)
Fabiana Marion Spengler (Unisc)	Sandra Negro (UBA/Argentina)
Salete Oro Boff (Unisc/IESA/IMED)	Nuria Belloso Martín (Burgos/Espanha)
Carlos Lunelli (UCS)	Denise Fincato (PUC/RS)
Liton Lanes Pilau (Univalli)	Wilson Engelmann (Unisinos)
Danielle Annoni (UFPR)	Neuro José Zambam (IMED)

Coordenação editorial e revisão: Fátima Beghetto
Projeto gráfico e capa: Sônia Maria Borba
Diagramação: Bruno Santiago Di Mônaco Rabelo
Imagem da capa: [© Mobilee] / Depositphotos.com

CPI-BRASIL. Catalogação na fonte

Conflito, alteridade e direitos humanos [recurso eletrônico] / organização
M338 de Charlise Paula Colet Gimenez - 1.ed. - Curitiba: Multideia, 2017.

276p.; 22,5cm

Vários colaboradores

ISBN 978-85-8443-154-0

1. Direitos humanos. 2. Conflitos - Mediação. I. Gimenez, Charlise Paula Colet (org.).

CDD 342 (22.ed)

CDU 342.7

Autorizamos a reprodução parcial dos textos, desde que citada a fonte.
Respeite os direitos autorais – Lei 9.610/98.

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ
(Organizadora)

CONFLITO, ALTERIDADE E DIREITOS HUMANOS

Autores

Bruna Escobar Teixeira
Bruno Rafael dos Reis
Camila Duarte
Charlene Dewes Dornelles
Cristiane de Lima Geist
Daniel Mayer de Brum
Diego Guilherme Rotta
Gabriela Felden Scheuermann
Gerson Osvaldo de Souza
Jonathan Dalla Rosa Melo
Renan Ruschel Nunes
Renato Kusiak
Sandra Marisa Lameira

Curitiba
 MULTIDEIA
editora

2017

APRESENTAÇÃO

A presente obra decorre das pesquisas e debates realizados na disciplina *Limites e Possibilidades da Mediação Comunitária e Popular* do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* de Santo Ângelo.

O referido componente curricular pertence à linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito, cujo escopo é capacitar para trabalhar as transformações políticas e jurídicas a partir de uma releitura da cidadania e das novas formas de solução de conflitos, na perspectiva das garantias individuais e coletivas constitucionalmente asseguradas.

Nesse sentido, a abordagem deste livro centra-se em apresentar uma resposta ecológica ao conflito a partir do resgate da autonomia e do empoderamento do ser humano. Observa-se que a função jurisdicional tradicional desempenhada pelo Estado não atende satisfatoriamente às necessidades das pessoas envolvidas em um conflito, razão pela qual formas complementares são necessárias para reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços socialmente destruídos, propondo o redirecionamento para a comunicação, a amizade, a alteridade e a fraternidade.

Parte-se da concepção de que o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no tocante às instituições, estruturas e interações comunitárias, possuindo capacidade de se constituir em um espaço no qual o próprio confronto é um ato de reconhecimento, produzindo, ao mesmo tempo, uma transformação nas relações existentes.

Para tingir o tratamento qualitativo do conflito, importa saber que o tempo do processo não representa, necessariamente, o tempo do conflito, o tempo das pessoas, o tempo necessário para o amadurecimento e crescimento a partir do conflito. Assim, uma decisão judicial, por mais justa e correta, muitas vezes pode tornar-se ineficaz se entregue ao jurisdicionado em um momento em que não mais interessa.

Compreende-se, nessa linha, que o tempo do processo e o tempo do conflito são temporalidades diversas e, por tal razão, nem sempre o primeiro é o modo mais adequado para tratar o segundo. A mediação enquanto temporalidade diferenciada surge como resposta possível e mais adequada para atender à atual complexidade conflitiva, pois é um procedimento de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade.

Ademais, não cabe à mediação efetuar cortes temporais ou buscar verdades reais e únicas. Seu papel centra-se em pôr em contato os conflitantes, facilitando a comunicação direta entre eles sem, necessariamente, a intervenção de terceiros no tratamento do conflito. A mediação trabalha com um novo paradigma em que os conflitos são entendidos como acontecimentos que decorrem de eventos comunicativos, sendo tratáveis se restabelecida/mantida a comunicação.

O principal desafio da mediação é encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica. Assim, a mediação comunitária constitui-se na forma de instaurar a comunicação rompida entre as partes em razão da posição antagônica instituída pelo litígio e da espera de um terceiro – Estado – para resolvê-lo. Por isso, a mediação comunitária facilita a expressão do dissenso por meio de um canal de comunicação que administre a discordância e atinja um consenso comunicativo. No modelo atual de jurisdição, o consenso é repellido, por isso ele emerge como o grande articulador das práticas de tratamento de conflito, as quais, a seu turno, somente serão consideradas

democráticas se os arranjos concretos que lhe dão forma, além de preencherem os requisitos objetivos do modelo democrático, forem aceitos pelos conflitantes como tal.

A justiça consensual ultrapassa a relação o código binário amigo-inimigo que transformou a sociedade em leis escritas para garantir a convivência, e garante às pessoas autonomia e responsabilidade para tratar o seu conflito, sem regras escritas, mas a partir de características morais e pela amizade.

Por isso, tem-se discutido acerca do tratamento do conflito de forma que atenda à real necessidade das partes, a partir do ideal da fraternidade, permitindo que as próprias partes construam de forma conjunta a resposta ao seu conflito, resgatando-se sentimentos e valores que garantem a preservação dos direitos humanos, cidadania, e, por conseguintes, da justiça social e cultura de paz.

A mudança de formas de tratar conflitos e responder às necessidades das partes envolvidas permite a criação de uma sociedade justa e livre, a qual abre espaço para a diversidade, liberdade, individualidade e igualdade entre as pessoas que são vistas como portadoras de capacidades e de necessidades positivas.

Profa. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez

SUMÁRIO

O CONFLITO OCULTO NAS RELAÇÕES SOCIAIS PÓS-MODERNAS: UM ESTUDO DOS CONFLITOS QUE EXSURGEM DA ANÁLISE DE ZYGUMUNT BAUMAN A RESPEITO DA SOCIEDADE LÍQUIDA.....	13
<i>Daniel Mayer de Brum</i>	
IMPLICAÇÕES DA CULTURA DO MEDO ANTE OS PROCESSOS MIGRATÓRIOS E POSSIBILIDADES DE ESTABELECIMENTO DE UM PARADIGMA DE FRATERNIDADE.....	29
<i>Diego Guilherme Rotta</i>	
MULTICULTURALISMO E DIREITO FRATERO: CONTRIBUIÇÕES PARA UMA MELHOR EFETIVAÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	51
<i>Gerson Osvaldo de Souza</i>	
O CONFLITO SOCIAL, A CRISE DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA E AS NOVAS PERSPECTIVAS DIANTE DO DIREITO FRATERO.....	79
<i>Cristiane de Lima Geist</i>	
CONFLITO E VIOLÊNCIA E MEIOS ALTERNATIVOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS.....	103
<i>Renato Kusiak</i>	
A JURISDIÇÃO COMUNITÁRIA NO ESTADO MODERNO BRASILEIRO	123
<i>Renan Ruschel Nunes</i>	
CONFIANÇA: A BUSCA DA AUTÊNTICA EFETIVIDADE NA MEDIAÇÃO	135
<i>Bruna Escobar Teixeira</i>	
O CONFLITO, A MEDIAÇÃO E O “IMAGINÁRIO JURÍDICO”	155
<i>Sandra Marisa Lameira</i>	
MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: UMA POSSIBILIDADE DE ESTREITAMENTO DOS VÍNCULOS PELO COMPARTILHAMENTO DE INTERESSES COMUNS....	177
<i>Charlene Dewes Dornelles</i>	

MEDIAÇÃO: UM DIREITO FRATERNAL NO TRATAMENTO DE CONFLITOS DAS RELAÇÕES SOCIAIS.....	205
<i>Bruno Rafael dos Reis</i>	
MEDIAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO EMANCIPATÓRIO	217
<i>Gabriela Felden Scheuermann</i>	
A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	233
<i>Camila Duarte</i>	
DAS UTOPIAS IMOBILIZANTES AO FUTURO DA EDUCAÇÃO PARTICIPATIVA: O PAPEL DA MEDIAÇÃO NA RELAÇÃO ENTRE HOMEM E NATUREZA.....	251
<i>Jonathan Dalla Rosa Melo</i>	

O CONFLITO OCULTO NAS RELAÇÕES SOCIAIS PÓS-MODERNAS: UM ESTUDO DOS CONFLITOS QUE EXSURGEM DA ANÁLISE DE ZYGMUNT BAUMAN A RESPEITO DA SOCIEDADE LÍQUIDA

DANIEL MAYER DE BRUM¹

1 INTRODUÇÃO

O estudo do conflito é a base para compreensão da mediação. O entendimento dos seus níveis e desenvolvimento, origens psíquicas, assim como das faces que teve durante a história humana entregam uma boa base para se estudar o assunto. No entanto, para que se possa ter uma dimensão mais aproximada dos conflitos que se apresentam na presente sociedade, é necessário ancorar o estudo em seus mais proeminentes doutrinadores, e sua visão a respeito de nossa sociedade, tentando concluir dali, nas entrelinhas, o panorama atual do conflito.

Assim, no presente artigo, se estudará a sociedade hodierna por meio de um de seus grandes examinadores, que é Zygmunt Bauman, e suas considerações sobre o comportamento dos indivíduos que compõem o atual modo de vida, para que se possa extrair algumas conceituações a respeito d'onde provêm os conflitos pós-modernos.

Para tanto, toma-se como obra de referência de tal autor aquela intitulada *Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos*, especialmente seu terceiro capítulo, nomeado “Sobre a dificuldade de amar o próximo”. Da mesma forma como naquela obra, optou-se por discorrer a respeito de assuntos diversos pontualmente, cada um relativo a um ou mais subtítulos do livro, mas todos interconectados por meio de comentários a respeito do conflito oculto nas relações sociais que se analisa.

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: danielmbrum@gmail.com.

2 O CONFLITO NA MODERNIDADE LÍQUIDA

A expressão sociedade pós-moderna, que é objeto de ampla discussão a respeito do seu interregno temporal entre os autores, para Bauman é a modernidade líquida. É a sociedade em permanência da transitoriedade, durabilidade do provisório, determinação objetiva irrefletida na consequência subjetiva das ações, papéis sociais perpetuamente subdefinidos, ou, mais corretamente, inserção no fluxo vital sem a âncora de um papel social (BAUMAN, 2007, p. 53).

Em outras palavras, é uma sociedade efêmera, que deu preferência ao grau de risco em detrimento do grau de segurança; que não cria expectativas prolongadas nem conceitos eternos, mas está em constante transformação, e deixa os saberes em suspensão indefinidamente, podendo serem repensados, readequados ou remodelados de acordo com novas necessidades, descobertas ou combinações.

Apesar da incerteza a respeito do início e do fim de cada período histórico, podemos dizer que a partir da Segunda Grande Guerra é que começam as transformações que culminariam com a sociedade que hoje Bauman chama de líquida. Para outros autores, a pós-modernidade começou em tempo mais tardio, como disserta Anthony Giddens:

Definição prática

Período histórico, seguinte à **modernidade**, que é definido com menos clareza, é menos pluralístico e menos socialmente diversificado do que a modernidade que o precedeu. Costuma-se dizer que a pós-modernidade começou a se desenvolver a partir dos anos 1970. (GIDDENS, 2014, p. 27)

Neste cenário é que se pretende analisar quais os conflitos presentes, suas origens e causas, eis que eles estão presentes em todas as sociedades, pois tão antigos quanto a própria, constituindo-se na luta de grupos sociais pela supremacia, envolvendo tensões, discórdias e choques de interesses (GIDDENS, 2014, p. 311). Hoje, mais do que nunca, pela mobilidade humana intensa, facilitada pelo rápido avanço tecnológico, e pela liquidez dos modos de vida, exsurtem conflitos constantemente, pela combinação da incontável diversidade humana.

2.1 O AMOR PRÓPRIO COMO CHAVE PARA O AMOR AO PRÓXIMO

Amar ao próximo é tarefa árdua porque vai de encontro à natureza humana, que é conflitiva, pois, segundo Einstein, o homem encerra dentro de si um desejo de ódio e destruição (COELHO, 2005, p. 24) e, segundo Freud, os conflitos de interesse entre homens são resolvidos pelo uso da violência (COELHO, 2005, p. 30). Não se pode conceber a lógica de tal mandamento, aparentemente religioso, de ter afeição por um semelhante que potencialmente, e frequentemente, não terá nenhum tipo de simpatia pela pessoa que pratica este “amor” por ele.

O ser humano nasce com o instinto de sobrevivência, natural, que indica tomar decisões apenas baseadas em sua vantagem pessoal para perpetuação de sua existência. No entanto, somente torna completa sua vida se possuir amor próprio, que provém do reconhecimento e respeito por parte de seus semelhantes, pois, além de animais, são humanos, que agem, pensam e sentem, e o corpo não é o essencial em nós (DAHRENDORF, 1969, p. 36-37).

A forma de obter tal sentimento em relação a si por parte dos demais é que se constitui a chave para a ilógica regra de amar os demais. Somente se pode ser reconhecido se a própria existência for digna de respeito, o que é feito por meio do cultivo da própria humanidade.

Amar ao próximo como se ama a si mesmo torna a sobrevivência *humana* diferente daquela de qualquer outra criatura viva. Sem a extensão/transcendência do amor próprio, o prolongamento da vida física, corpórea, ainda não é, por si mesmo, uma sobrevivência *humana* – não é o tipo de sobrevivência que separa os seres humanos das feras (e, não se esqueçam, dos anjos). (BAUMAN, 2004, p. 101)

Portanto, amar ao próximo é uma questão de completar a própria humanidade. O homem nasce para muito mais do que sobreviver, mas deseja viver em sua completude; nasce em vista do viver, mas existe essencialmente em vista do viver bem, segundo Aristóteles (AGAMBEN, 2002, p. 10), o que só se alcança por meio da convivência pacífica em sociedade, pela prática do amor ao próximo, que gera respeito e reconhecimento, figuras de satisfação pessoal do indivíduo.

2.2 A AUTOSSUSTENTABILIDADE DO HOMEM LÍQUIDO

A maleabilidade presente na vida hodierna também não se restringe aos laços humanos, mas invade outras áreas do conhecimento, assim como as instituições, que outrora eram vistas como o porto seguro onde uma vida de risco poderia atracar. O *Homo faber*, como é chamado por Bauman aquele típico da modernidade, possuía uma vida menos acelerada e apoiava-se em instituições rígidas e, por assim dizer, confiáveis.

Em contraste, o *Homo consumus*², nomenclatura do mesmo autor para o homem com características dos tempos atuais, vê as instituições, assim como os relacionamentos, como objeto líquido, inconstante, sobre a qual não pode embasar toda sua existência, como fazia o seu predecessor, na família ou no trabalho, por exemplo. Em razão disto, também não há nas instituições a confiança necessária para trazer ao indivíduo um ente externo no qual espelhar-se, o que aguça ainda mais o sentimento individualista de bastar-se por si, como refere Bauman, comentando o trabalho de Knus Logstrop:

A confiança foi condenada a uma vida cheia de frustração. Pessoas (sozinhas, individualmente ou em conjunto), empresas, partidos, comunidades, grandes causas ou padrões de vida investidos com a autoridade de guiar nossa existência frequentemente deixam de compensar a devoção. De qualquer forma, é raro serem modelos de coerência e continuidade a longo prazo. Dificilmente há um único ponto de referência sobre o qual se possa concentrar a atenção de modo fidedigno e seguro, para que os desorientados possam ser eximidos do fatigante dever da vigilância constante e das incessantes retrações de passos dados ou pretendidos. (BAUMAN, 2004, p. 115)

Não se quer dizer, no entanto, que a independência física e psíquica do indivíduo seja maliciosa. O *Homo consumus* aprendeu a caminhar com as próprias pernas, nada mais requerendo do que a própria identidade para se sustentar. O efeito pernicioso de tal condição são as

² Conceito utilizado por Bauman para definir o homem pós-moderno, pertencente à sociedade de consumidores, em que ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas e uma mercadoria vendável. (BAUMAN, 2008, p. 19-20)

anomalias que daí exsurtem como, por exemplo, a reificação³, efeito que, sem embargo, não pode ser considerado como regra da sociedade capitalista, como pretendia Karl Marx, quando conceituou o fetichismo da mercadoria⁴, que deu origem ao mencionado fenômeno.

O que atinge frequentemente os indivíduos que são incapazes de se adaptar ao modo de vida líquido é que introjetaram conhecimentos e premissas típicas do sistema antecessor, da modernidade. Por isso, a ausência de instituições sólidas nas quais podem encontrar um norte, necessidade que somente surge se a pessoa não está completamente integrada ao modo de vida líquida atual, causa um efeito psíquico nefasto, de busca incessante de um objeto externo para justificar o vazio interno, que atualmente deve ser preenchido pelo próprio eu.

Esta transição, conceituada por Bauman como estado gasoso⁵, pode ser extremamente difícil para os indivíduos que se não possuem plenas condições psíquicas de fazer a transição, são propícios a quedarem neste limbo de identidade por toda sua existência. Buscarão a identidade pessoal por meio da aprovação social, o que pode conceder uma tênue fundação para que continuem a viver, mas que eventualmente trará à tona um conflito, pela falta de recursos que possuem para continuar a constituir o seu “capital social”.

Este conceito, que parece adaptar os ensinamentos de Marx a um aspecto mais sociológico/psíquico, é descrito por Yves de La Taille em seu livro *Vergonha, a Ferida Moral*. Esta construção teórica designa o bem que é almejado através vida em sociedade, e é acumulado em razão de ações por ela esperadas e perdido em decorrência da prática de ações reprováveis. Assim ensina La Taille:

³ “Nada mais é do que o fato que ‘uma relação entres pessoas [adquire] um caráter de coisidade’.” (HONNETH, 2007, p. 23)

⁴ “*To the latter, therefore, the relations connecting the labor of one individual with that of the rest appear, not as direct social relations between individuals at work, but as what they really are, material relations between persons and social relations between things. It is only by being exchanged that the products of labor acquire, as values, one uniform social status, distinct from their varied forms of existence as objects of utility.*” (MARX, 1867, p. 31)

⁵ Termo de Bauman para conceituar a transposição da modernidade sólida para a modernidade líquida, definida como uma desautorização e negação do passado, e primordialmente da tradição, requerendo uma destruição da armadura protetora forjada pelas convicções e lealdades, que permitia os sólidos resistirem à liquefação (BAUMAN, 2000, p. 9).

Novamente aqui, não se pode falar em vergonha: o medo da opinião alheia se deve, como na hipótese anterior; a decorrências práticas desta: na primeira hipótese, castigo, na segunda, perda de capital social, e conseqüente prejuízo na busca da sobrevivência cotidiana. (TAILLE, 2004, p. 87)

Resistindo o indivíduo às exigências da sociedade, poderá conservar uma independência abstrata, mas inútil, expondo-se, porém, à ira e às sanções da sociedade, que é capaz de atribuir prestígio ou desprestígio a seus membros individualmente (DAHRENDORF, 1969, p. 48-58).

A perda de capital social, como referido acima, causa prejuízo para a sobrevivência cotidiana do indivíduo, pois fere os laços que possui com outros de seus semelhantes, que julgam as suas atitudes e lhe concedem aprovação ou reprovação, e sobre a qual sustenta a sua própria imagem pessoal. O esvaziamento de tal capital traz angústia ao indivíduo, que, privado do convívio igualitário com seus semelhantes, volta-se contra o próprio sistema que o exclui.

2.3 O CONFLITO INTERNO ENTRE EU GENUÍNO E EU COMBATIDO

Além dos conflitos externos que os indivíduos pertencentes à sociedade atual travam diariamente com seus conviventes, ainda a vida presente desperta dentro dos próprios seres um conflito pessoal, entre o eu natural ou genuíno e o eu combatido. Assim se chama este último porque não é a verdadeira expressão do ser que a interpreta, mas provém da técnica que a pessoa utiliza para justificar suas ações.

O ser humano interpreta papéis sociais que trazem obrigações inerentes, diante do que se vê confrontado, em caráter de necessidade e obrigatoriedade, com este papel no momento em que assume um papel social, o que invariavelmente implica uma coerção sobre o indivíduo, pois a sociedade que exige dele este comportamento dispõe de sanções, com auxílio das quais é capaz de coagir aquele que se opõe a desempenhar o seu papel (DAHRENDORF, 1969, p. 57).

Assim, a posição conflituosa assumida por uma pessoa em relação a outro justifica-se por si mesma, em razão de que se coloca na

posição de vítima, atribuindo a outro a culpa pelo tormento que enfrenta. Em razão disto, muitas vezes os cidadãos canalizam a sua raiva com os problemas sociais que lhe afligem aos “diferentes”, utilizados como bodes expiatórios para dispersar a ansiedade daqueles que não encontram solução para seus próprios problemas:

A natureza autônoma da ação é, portanto, suprimida – é a outra parte, acusada da má conduta original, do delito que deu origem a tudo, apresentada como o verdadeiro ator do drama. O eu permanece, assim, totalmente do lado receptor. Sofre as ações dos outros em vez de ser um ator por direito próprio. (BAUMAN, 2004, p. 119. Grifos do original.)

Desta forma, o conflito pode, antes de ser externalizado, surgir dentro do próprio ser, que cria uma realidade virtual baseada naquela que realmente se apresenta, a fim de justificar-se em relação ao seu próprio ser. É um tipo de mecanismo de defesa, como descrevem os psicólogos. Sendo assim, não pode ser esta forma de conflito tratada por meios tradicionais externos, mas necessita de um trabalho que ajude a própria pessoa a desconstruir aquela verdade que criou para si, a fim de que possa perceber autonomamente que o outro não é a razão dos problemas que lhe afligem.

Essa negação da autonomia das ações constrangidas, como relata Bauman, necessita ser superada, a fim de que as ações genuínas venham à tona e possam dar lugar às relações de confiança, como relata o autor:

A superação das restrições auto-impostas mediante o desmascaramento e a desvalidação do auto-engano sobre o qual elas se baseiam emergem assim como condição preliminar e indispensável para dar asas à expressão soberana da vida – uma expressão que se manifesta, em primeiro lugar e acima de tudo, na confiança, na misericórdia e na compaixão. (BAUMAN, 2004, p. 120)

A confiança, referida por Bauman como uma qualidade indispensável para a vida moderna, é um dispositivo para se lidar com a liberdade dos outros, por meio da qual atribuímos credibilidade às ações de outros seres humanos, dando um refém moral à fortuna. O aumento da confiança recíproca é demonstração de compaixão entre os seres humanos, podendo ser definida como a crença na credibilidade de uma

pessoa, uma fé na probidade ou no amor do outro, sobre a qual se constroem as bases da sociedade (GIDDENS, 1991, pp. 35-36).

Como se constata, a existência de determinados conflitos não se restringe ao que se mostra aos olhos do que observa passivamente, mas somente emerge mediante o estudo dos envolvidos e das razões, muitas vezes ocultas, pelas quais estão entranhados naquela contenda. Não basta estudar as condições visíveis em razão das quais os conflitos pós-modernos se desenvolvem, pois hoje se tem a noção, confirmada por Bauman, de que há questões muito mais profundas envolvidas em determinadas lutas.

3 A DISTÂNCIA DOS GATILHOS MORAIS

Poder-se-ia dizer que a moral dos indivíduos, principalmente aqueles que a têm mais desenvolvida ou mais aguçada, atuaria como moderadora dos conflitos, fazendo pressão para que o indivíduo, mesmo contra seus interesses pessoais, adotasse posição pacífica, em busca da genuína ação moral, com vistas a um bem maior e universal. Como preceituaria Immanuel Kant, uma boa ação não é boa devido ao que dela resulta ou por aquilo que ela realiza, ela é boa por si, quer prevaleça quer não (KANT, 1785, p. 394).

Para Bauman, no entanto, existem elementos moralizadores, que são aquelas situações insustentáveis aos olhos da pessoa a elas submetidas, despertando seu senso de moralidade, e fazendo-a tomar uma atitude de mudança.

Ocorre que no mundo líquido houve o afastamento dos instrumentos que instigam a moral, seja pela autossustentabilidade do indivíduo, já relatada, que causa o afastamento da pessoa das causas sociais locais, seja pelo regramento do consumismo, da troca, que não estimula uma ação individual sem que haja um retorno em vista, uma vantagem pessoal tangível.

Não havendo proximidade dos problemas morais que poderiam ser submetidos a uma pessoa, não lhes causam dor psíquica ou comoção alguma, como fariam aqueles que no mundo sólido poderiam se apresentar. Sendo assim, resta mais fácil relegá-los à ignorância do que confrontá-los.

Se a miséria que podíamos não apenas ver, mas também mitigar ou curar, nos lançasse numa situação de escolha moral capaz de ser administrada pela “expressão soberana da vida” (mesmo que isso fosse dolorosamente difícil), o fosso crescente entre aquilo de que (indiretamente) nos tornamos conscientes e aquilo que podemos (diretamente) influenciar eleva a incerteza que acompanha todas as escolhas morais a alturas sem precedentes nas quais nossos dotes éticos não estão acostumados e talvez nunca sejam capazes de operar. (BAUMAN, 2004, p. 123)

Desta forma, acentua-se a reificação dos indivíduos em relação aos problemas que os cercam, aos quais atribuem causas maiores, inalcançáveis a eles. Culpam uma força maior, que desconhecem, ou deliberadamente ignoram, pelos problemas que acometem seus semelhantes próximos. Por isto, rotulam os problemas difíceis de inatingíveis, a fim de isentarem-se de responsabilidade na tentativa de sua resolução. Tal situação acentua o conflito existente, que não desaparece naturalmente, mas se retroalimenta das ações relatadas.

4 O ISOLAMENTO DAS ELITES

No modo de produção do mundo sólido, as populações de menor poder aquisitivo eram a base para a riqueza das elites mundiais, pois a produção de bens era essencialmente baseada na mão de obra, e, portanto, as partes eram interdependentes. No mundo líquido, no entanto, a camada de menor poder aquisitivo, que antes era combustível para o desenvolvimento do capital da classe dominante, deixou de ser essencial para manutenção da hegemonia desta:

O desligamento da nova elite global em relação a seus antigos engajamentos com o *populus* local e o crescente hiato entre os espaços vivos/vividos dos que se separam e dos que foram deixados para trás é comprovadamente o mais seminal de todos os afastamentos sociais, culturais e políticos associados à passagem do estado “sólido” para o estado “líquido” da modernidade. (BAUMAN, 2004. p. 134)

A conexão entre a elite e o povo local, que era essencial, por exemplo, na Idade Média, para perpetuação do poder do soberano, hoje está muito diminuída. A elite deixou de fazer este intercâmbio com as demais classes sociais para participar do mundo globalizado, realizando esta troca, ou “fusão de horizontes”, com as outras elites mundiais, como conceitua Hans Gadamer, citado por Bauman:

Conforme a famosa observação de Hans Gadamer em seu livro *Verdade e método*, a compreensão mútua é instigada pela “fusão de horizontes” – quer dizer, horizontes cognitivos, induzidos e ampliados no curso da acumulação da experiência de vida [...] descobriu-se que os espaços reservados para encontros face a face – ou apenas para compartilhar o espaço, “misturar-se com”, curtir juntos, jantar nos mesmos restaurantes ou beber nos mesmos bares – dos homens de negócios e outros membros da elite internacional ou “da classe dominante global” emergente quando estão viajando [...] desempenham papel crucial na integração dessa elite [...]. (BAUMAN, 2004, p. 140)

A fusão antes realizada com mais intensidade entre as camadas sociais apaziguava os conflitos potencialmente emergentes, eis que tal fenômeno pode levar o homem a respeitar a perspectiva do outro, de modo a conseguir ver para além do que lhe é próximo, para o integrar num contexto mais vasto e avaliar segundo proporções, menos egoístas (PORTOCARRERO, 2005, p. 97-98).

A situação anterior apaziguava os ânimos entre as classes, que eram mais propensas ao entendimento, haja vista que necessitavam uma da outra, para subsistência ou aumento da sua riqueza. A desconexão operada no mundo hodierno, que não pressupõe a mão de obra para produção de riqueza, causou um isolamento da elite, que não tem mais incentivo à negociação com as outras classes, mas adquiriu independência nas suas atividades.

Esta situação, mais do que isolar a elite mundial, também acarreta a diminuição das trocas sociais entre as classes. Procuram elas um ambiente em que não haja nenhum tipo de risco acentuado para seu modo de viver, relegando as camadas mais pobres à exclusão social. O conflito, portanto, nestas situações, tem muito mais lugar do que antes se vislumbrava, pois não há total segurança ou ausência de risco,

uma vez que o risco não é uma questão de ação individual, mas existem ambientes de risco que atingem potencialmente todos sobre a face da Terra (GIDDENS, 199, p. 37).

A submissão da população de classe mais baixa ao isolamento, seja pela ausência de trocas ou fusão de horizontes, seja pela construção de condomínios fechados para as classes superiores, diminui o intercâmbio de experiências, que além de causar grande impacto no amor-próprio das pessoas excluídas, ainda incentiva a que os indivíduos desaprendam a viver em sociedade, transformando as cidades em grandes centros segregacionais, lugares propícios para conflitos em potencial. Falta àqueles que se separam a compreensão de que não existe como diminuir o risco a zero, bem como que, quanto mais o sintoma for tratado desta forma, mais ele se potencializa.

4.1 A APRENDIZAGEM E A PERDA DA HABILIDADE DE VIVER EM SOCIEDADE

A atual arquitetura das cidades, da qual Bauman traz como exemplo supremo a metrópole de São Paulo, incentiva a segregação social por meio da construção de condomínios fechados, que diminuem ou impossibilitam as trocas entre as diversas camadas sociais. Não se diga que a arquitetura é a única causa deste fenômeno, mas é também um efeito do desejo doentio dos indivíduos de criarem o “nós” e o “eles”, os que estão “dentro” e os que estão “fora”.

A situação é bem relatada pelo autor brasileiro Cristian Dunker, que em sua obra *Mal-estar, sofrimento e sintoma* analisa a situação especificamente da mencionada maior cidade brasileira, utilizando como metáfora para a segregação os condomínios de luxo, que, seguindo a tendência americana da década de 1990, tornaram-se moda na nossa atual sociedade. Por meio destas estruturas tenta a sociedade criar um espaço em que haja perfeita coordenação para convivência pacífica entre “iguais”, mas que, além de excluir os “desiguais”, ainda cria maior isolamento dos que lá estão, como resume o autor da obra citada acima:

A cultura brasileira, no período pós-inflacionário, pode ser descrita pela expansão da lógica de condomínio que parece ter alterado, gradativamente, a antiga relação parasitária e clientelista

entre vida pública e vida privada. Afinal, o condomínio implica a tentativa de criar certas regras e normas públicas, nos limites da vida privada, mas sempre à condição de um espaço de excepcionalidade, erigido como defesa contra a barbárie exterior. Ela implica, portanto, um reconhecimento da barbárie. Supondo-se que na situação em questão as condições objetivas e as intenções subjetivas são da melhor qualidade, pode-se argumentar que estamos diante de um paraíso para a ação comunicativa, o cenário ideal para a auto-organização racional de uma comunidade de risco zero. Tudo depende de um bom síndico. (DUNKER, 2009, p. 3)

Esta forma de organização, além de não tratar a causa do conflito que originalmente fez com que fosse criada, ainda o acentua, pois a troca de experiências entre as diversas camadas sociais, fim para o qual as cidades sempre serviram, treina os indivíduos para aceitarem as diferenças e conviverem pacificamente com este diferente. Os condomínios, além de acentuarem o medo da diferença, não tratam o cerne da questão, criando o que Bauman chama de *mixofobia*, o medo do diferente, da mistura entre partes heterônomas:

As raízes da mixofobia são banais – nem um pouco difíceis de localizar, fáceis de compreender, embora não necessariamente de perdoar. Como indica Richard Sennett, “o sentimento ‘nós’, que expressa um desejo de ser semelhante, é uma forma de homens evitarem a necessidade de examinarem um aos outros com maior profundidade”. Ele promete, pode-se dizer, algum conforto espiritual: a perspectiva de tornar o convívio algo mais fácil de suportar, cortando-se o esforço de compreender, negociar, comprometer-se, exigido quando se vive com a diferença e em meio a ela. (BAUMAN, 2004, p. 136)

Ocorre que é justamente este esforço, só exigido no meio em que ocorrem trocas entre classes e onde a diferença se prolifera, que pode ensinar os homens a lidarem com as diversas pessoas que os cercam. É certo que os conflitos são mais evidentes em cenários como este, mas em menor proporção do que aqueles que são criados pelo isolamento em condomínios, que, quando se manifestam, externam toda aquela potência acumulada pelo tempo em que predominou a ausência de “fusão de horizontes”.

5 A DESCONFIANÇA COMO INSTRUMENTO DE SOBREVIVÊNCIA

A maior parte dos conflitos apresentados acima trata-se de uma questão de falta de confiança nos “diferentes”. Os indivíduos estão sempre inclinados, baseados em uma primeira impressão, de conceder certa parcela de (des)confiança a outros semelhantes. Assim que lhes foi ensinado tanto pela sociedade sólida como pela sociedade líquida, e que prevaleceu desde tempos antigos o instinto natural agressivo.

A inclinação natural humana é a de conservação de sua vida a qualquer custo, sendo, portanto, o mandamento de amar ao próximo, ditame frequentemente ligado a aspectos religiosos, tão arduamente aceito pelo “homem médio”. O conflito é inerente à condição humana de ser, que assim como os animais procura, sobretudo, sobreviver, como instinto básico de sua natureza.

A confiança como ponto de partida de uma relação é cada vez mais rara e o individualismo torna-se fonte de anseio, ensinando que cada pessoa é responsável por si e seu bem-estar, e a dependência do outro é vergonhosa e deve ser evitada. Nesta esteira de pensamento pode-se ver logicamente que o conflito é cada vez mais propenso a desenvolver-se, pois os indivíduos somente se relacionam se este vínculo é vantajoso para ambos, como ensina Zygmunt Bauman:

Ao conhecer um estranho você precisa em primeiro lugar de vigilância, e em segundo e terceiro lugares de vigilância. Aproximar-se, colocar-se ombro a ombro e trabalhar em equipe fazem muito sentido enquanto o ajudam a avançar em seu próprio caminho. Mas perdem a razão de ser quando não trazem mais benefícios, ou quando estes – esperado ou apenas possivelmente – são menores que os obtidos evitando-se compromissos e cancelando-se obrigações. (BAUMAN, 2004, 112-113)

Paradoxalmente, as instituições da modernidade apoiam-se na confiança como elemento de base para sua continuidade. Se as pessoas estão cada vez mais propensas a desconfiar de agentes conhecidos, também estão, curiosamente, mais inclinadas a confiar em relações “sem rosto”, onde confiam no sistema criado por agentes que nunca conheceram.

Esta aparente ausência de lógica de pensamento desaparece quando se pensa que as pessoas não “confiam” no sistema criado por terceiros desconhecidos, mas a vida moderna exige que deles se utilizem para que estejam integradas na sociedade ou para realização de aspirações pessoais. Em contraponto, não se exige, para conviver na sociedade líquida, confiança em indivíduos, eis que se criam mecanismos de redução de riscos, sobre os quais já se discorreu, como os condomínios.

É mais uma questão de cálculo de vantagem e risco do que propriamente uma confiança pura, como aquela que temos em pessoas conhecidas. Mais uma vez aqui aparece a volatilidade das relações, baseadas apenas na vantagem pessoal que se pode obter. Resta patente a necessidade do desenvolvimento da confiança nos seres humanos, para que seja possível o florescimento do amor ao próximo, assim como a desaparecimento gradual da segregação racial ou social, seja qual for o seu motivo.

6 CONCLUSÃO

A convivência em sociedade é elemento essencial na vida humana. No entanto, dela exsurtem inevitavelmente diversos conflitos, que devem ser tratados de forma adequada, a fim de promover a paz social e coexistência pacífica entre pessoas e grupo heterônomos que a compõe.

Durante longo tempo, a forma de resolução de conflitos foi, se não o diálogo, a espada. A violência física que sempre teve espaço nas relações humanas, com a diplomacia deixava a desejar, o que vinha diminuindo com o advento da sociedade moderna, e do interesse comum entre as partes em contribuir para o desenvolvimento mútuo, tudo em prol da sociedade capitalista.

No entanto, novamente os conflitos vêm tomando intensidade, mas surgindo com diferentes facetas, ancorados no novo modo de viver dos seres humanos na sociedade pós-moderna, bem como na transição traumática entre períodos históricos, que causou anomalias sociais nunca antes vistas. O conflito, antes explícito, com motivos bem definidos e não hesitante em transmutar para violência armada, hoje é enraizado no próprio ser dos indivíduos, e se manifesta de forma velada, através da separação, cada vez mais intensa, de grupos sociais de interesses distintos.

A moral, que antes era balizadora das ações humanas, talvez em razão da intensidade com a qual o dogma religioso penetrava no psíquico coletivo, hoje não tem a mesma intensidade, nem a mesma preponderância como guia dos atos humanos. Prova disto é a alienação frente a atos da mais nefasta consequência para a humanidade, que são ignorados como se parte do cotidiano fossem.

Uma parcela desta anomalia vem do isolamento que se intensifica entre os grupos sociais, que, por falta de confiança e medo crescente do diferente, isolam-se, criando barreiras intransponíveis entre os seres humanos, que para nada mais servem do que fazer desaprender a viver em sociedade, e entregar a falsa impressão de segurança que um dia já foi proporcionada pelas instituições na sociedade sólida.

Os conflitos da sociedade líquida emergem sobretudo da inabilidade dos indivíduos em lidarem com o diferente. Ao invés de se utilizarem das cidades como instrumento para integração e aprendizagem do convívio mútuo, transformam-na em centro segregador, que atrai combustível na fogueira das zonas de tensão sociais.

A percepção de que a separação dos diferentes não é possível, bem como que a única solução para a integração mundial é a aceitação da diferença estão cada dia mais distantes. Como previu Kant, não há espaço suficiente para que todas as pessoas vivam em completo isolamento no mundo, conclusão lógica do fato de que nosso planeta é redondo, e não há lugar para onde fugir da convivência forçada. Ainda, se de acordo com Aristóteles o homem nasceu para viver, mas em vista do viver bem, o que só ocorre se organizar-se em sociedade, como poderemos negar essa prerrogativa tão essencial na existência da humanidade?

A negação da igualdade com o próximo e a separação das pessoas de acordo com qualquer critério que seja, não é a solução para uma vida ausente de riscos, mas a causa de conflitos futuros, que inevitavelmente florescerão para retirar dos indivíduos esta “tranquilidade” buscada.

O intercâmbio é o caminho a ser buscado. A troca de experiências, com a chamada “fusão de horizontes” é extremamente profícua, e a percepção deste fato é o que falta à maioria dos seres humanos. Uma vez experimentada a mixofilia de Bauman, talvez a contragosto, o proveito é certo e será permanente, basta que se expurgue aos poucos da sociedade a mixofobia, dando lugar ao crescimento mútuo.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer* (O poder soberano e a vida nua). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BAUMAN, Zygmund. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- COELHO, Ricardo. *Por que a Guerra?* Santa Maria: Fadisma, 2005.
- DAHRENDORF, Ralf. *Homus Sociologicus*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.
- DUNKER, Christian. A Lógica do Condomínio ou: o Síndico e seus Descontentes. *Revista Leitura Flutuante*, v. 1, 2009.
- GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GIDDENS, Anthony. *Conceitos Essenciais da Sociologia*. São Paulo: Unesp, 2014.
- HONNETH, Axel. *Reificación, un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Katz, 2007.
- KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- MARX, Karl. *Capital*. Moscow: Progress Publishers, 1867.
- PORTOCARRERO, Luísa. *Horizontes da hermenêutica em Paul Ricoeur*. Coimbra: Ariadne, 2005.
- TAILLE, Yves de la. *Vergonha, a Ferida Moral*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

IMPLICAÇÕES DA CULTURA DO MEDO ANTE OS PROCESSOS MIGRATÓRIOS E POSSIBILIDADES DE ESTABELECIMENTO DE UM PARADIGMA DE FRATERNIDADE¹

DIEGO GUILHERME ROTTA²

1 INTRODUÇÃO

Aliado aos constantes desastres naturais, conflitos armados, políticos e econômicos que levam as pessoas a deslocarem-se pelo globo terrestre, o processo de globalização (não se desconsiderando as possíveis divisões doutrinárias em fases/momentos da globalização), anunciado como alternativa à crise do capitalismo e do socialismo real, com sua conseqüente pregação do livre trânsito de mercadorias, capital, ideias, serviços e pessoas, fez com que o tema dos processos migratórios ganhasse outras proporções e emergisse como um dos grandes desafios do século XXI (talvez o maior desafio).

Assis (2007, p. 746) refere que este processo de deslocamento populacional é diferente dos ocorridos até então na história da humanidade, pois ele, além de ser mais intenso e dramático, é caracterizado por “uma maior diversidade étnica, de classe e de gênero, assim como pelas múltiplas relações que os imigrantes estabelecem entre a sociedade de destino e a de origem dos fluxos”. Não se trata apenas de “europeus brancos” que saem da Europa para “Fazer a América”, mas também

¹ Excerto de pesquisa realizada a título de Projeto de Dissertação no PPGD da URI/SAN.

² Advogado, graduado no Curso de Direito, na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), mestrando bolsista CAPES e estudante participante no grupo de pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade” no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* Santo Ângelo.

E-mail: dg_rotta@hotmail.com

trabalhadores imigrantes não brancos saindo de países periféricos em direção aos países da Europa, da América do Norte e outros que apresentam melhores condições de emprego e perspectivas de vida.

Eivado com constantes ameaças e acontecimentos de violência, o cenário mundial caminha em direção a uma desertificação dos direitos humanos (PEREIRA, 2014), onde cada Estado procura retomar o seu poder de soberania enfraquecido pelos processos de globalização a partir de um crescente restabelecimento de “tendências neotribais e fundamentalistas” (BAUMAN, 1999) e parâmetros de “fechamento” de fronteiras ao “outro”.

É justamente nesse contexto de espaço-tempo, de um mundo globalizado, com retomada de sentimentos nacionalistas, onde o “acesso à mobilidade global” encontra-se na mais alta categoria de fatores de estratificação (BAUMAN, 1999) que as figuras do imigrante e do refugiado aparecem como principais vítimas, vivendo um *status* de mobilidade oposto aos dos turistas, dos capitais das grandes empresas transnacionais e das políticas de mercado.

Partindo, pois, da constatação de que uma constante e cada vez mais acelerada complexificação dos processos migratórios acaba enfrentando um cenário de (re)fechamento das fronteiras, de reforço da lógica amigo/inimigo, sustentada pela invisível, iminente e infundável ameaça terrorista, entende-se por imperiosa a instauração da mobilidade populacional como uma das principais pautas a serem refletidas neste momento histórico.

Para tanto, em um primeiro momento do presente texto, far-se-á breves considerações sobre as implicações da globalização na sensação de constante insegurança, que, somadas à dificuldade do ser humano de lidar com a alteridade, acabam por tornar-se bases fundantes de um paradigma de estado de exceção, mantendo-se, assim, a lógica amigo/inimigo. Procurar-se-á, ainda, desvendar uma possível solução para a quebra de tal paradigma. Em um segundo estágio, pretende-se apresentar as pessoas em constante deslocamento (migrantes) e os refugiados como principais vítimas de um cenário mundial dominado pela contínua ameaça de terrorismo e da “propaganda” de retomada do ideal comunitário de segurança representado na figura do Estado-Nação.

Em um momento final, far-se-á uma análise do cenário apresentado pelo ordenamento jurídico brasileiro e regional em relação à situação dos migrantes e refugiados, apontando para a necessidade de caminhar em direção à adoção de um parâmetro legal que possibilite a convivência com “o outro”, voltado ao diálogo intercultural e apropriado a um modelo de direito fraterno, além da lógica amigo/inimigo que possa materializar os direitos humanos convencionados pelo Estado brasileiro em nível internacional.

2 O MEDO DO “OUTRO”, O PARADIGMA DO ESTADO DE EXCEÇÃO E O DIREITO FRATERNO: COMO COMBATER O BINÔMIO AMIGO/INIMIGO?

No livro *Medo Líquido*, Zygmunt Bauman (2008) apresenta a constante sensação de insegurança como efeito negativo do processo de globalização (“globalização negativa”), justamente em função da dificuldade de controlar o mundo da vida, extremamente complexo. O autor sustenta que a “vida líquido-moderna é uma vida de suspeita permanente e vigilância incessante”, situação em que “estamos todos em perigo, e todos somos perigosos uns para os outros” (BAUMAN, 2008, p. 66 e 128).

De acordo com Sigmund Freud (*apud* BAUMAN, 2008, p. 73),

Somos ameaçados de sofrimento a partir de três direções: do nosso próprio corpo, que está destinado à degradação e à decomposição e que nem mesmo pode passar sem a dor e a ansiedade como sinais de advertência; do mundo externo, que pode assolar-nos com forças destrutivas imensas e impiedosas; e finalmente de nossa relação com outros homens. O sofrimento proveniente dessa última fonte talvez seja mais doloroso que qualquer outro. Tendemos a encará-lo como um tipo de acréscimo gratuito, embora ele não possa ser menos decisivamente inevitável do que o sofrimento oriundo de outras fontes.

Os “outros” são uma constante fonte de ameaça vaga e difusa, justamente em função dessa dificuldade, desse sofrimento em saber lidar com a alteridade, de relacionar-se com o outro, havendo a necessidade de constante vigilância sobre o outro, haja vista que “um lapso momen-

tâneo de vigilância será suficiente para que os excludentes sejam excluídos” (BAUMAN, 2008, p. 69 e 92).

É imperioso conviver com o outro, esse “acréscimo gratuito”, assim como o é conviver com a morte programada do corpo e as desgraças do mundo externo, mas, a fim de evitar a própria exclusão, uma “morte metafórica”, como menciona Bauman (2008, p. 69), o medo do outro gera um estado de constante e ininterrupta vigilância, como referido anteriormente. A vigilância e a exclusão diante do medo de ser excluído gera uma situação deveras complexa, uma verdadeira ambivalência.

De acordo com Bauman (2008, p. 164),

A sorte de um “estrangeiro”, capturado e mantido numa “zona cinzenta” perturbadoramente indefinida, que se estende entre os inimigos declarados e os amigos de confiança, sempre foi a encarnação da ambivalência. Os Estados modernos fizeram o possível para eliminar ou pelo menos reduzir essa ambivalência, mortificante para aqueles classificados na categoria de estrangeiros, mas também muito desconfortável para quem assim os classifica. Talvez tenha sido por refletir sobre a histórica complicada (e inconclusa) desses esforços que se cunhou a famosa/infame definição de soberania de Carl Schmitt como o “direito de excluir”.

Observa-se que, ao trazer os complementos da psicanálise, o autor tenta demonstrar que a prática de constante vigilância do “outro”, com fins de exclusão (com verdadeira inspiração em Maquiavel, onde os fins justificam os meios) advém justamente do medo de também ser excluído. No entanto, ante a impossibilidade de excluir totalmente, de provocar o extermínio, o sujeito encontra-se em uma situação paradoxal, pois necessita conviver com o “outro”, mas não pode afastá-lo totalmente (exterminar).

Essa insegurança, sobretudo em relação à figura do “estrangeiro”, do imigrante, do refugiado, bem como a necessidade de manter-se em uma situação de “não excluído”, de primar pelos interesses próprios, de conviver, mas afastado, mantendo o “outro” em uma “zona cinzenta”, acaba se materializando nas práticas biopolíticas de manutenção da soberania dos Estados.

É justamente a partir desse cenário que Giorgio Agamben, nas obras *Estado de Exceção* (2004a) e *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua* (2004b), procura discutir as práticas biopolíticas, de controle da vida nua, relegada ao limbo, a uma “zona cinzenta” (BAUMAN, 2008, p. 164) como manutenção de um poder soberano e docilização do corpo a partir da instauração de um constante e infindável estado de exceção.

Em *Estado de Exceção*, Agamben (2004^a, p. 48-49), com contribuições das teorias de Carl Schmitt e Walter Benjamin, apresenta o estado de exceção como um paradigma de governo no qual cria-se um espaço de anomia, de ausência da aplicação do direito, onde a aplicação é suspensão, mas a lei permanece em vigor.

O soberano, enquanto sujeito que pode decidir sobre o estado de exceção, personifica, materializa a lei. É a lei (“pertencer”), mas, ao mesmo tempo, encontra-se fora (“estar-fora”), pois está em um patamar elevado, não se lhe aplicando a legislação (AGAMBEN, 2004a, p. 56). Nas palavras do autor, “que o soberano seja uma lei viva só pode significar que ele não é obrigado por ela, que a vida da lei coincide nele com uma total anomia” (p. 107). Ou seja, é o “estar-fora, mas pertencer” do soberano que lhe permite manter o poder e ter poder sobre os servos, docilizar os corpos, manter as vidas nuas (manifestação de biopolítica).

É nessa direção de analisar a biopolítica, a relação entre o poder soberano e a vida nua, que Agamben projeta o andamento do livro *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, sobre o qual será feita uma breve análise neste momento. De acordo com a lição de Agamben (2004b, p. 91), “Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera”.

Observa-se a complementaridade das duas obras do filósofo italiano. O soberano, que decide sobre o estado de exceção, é o sujeito que vive um paradoxo, que “está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico” (SCHMITT, *apud* AGAMBEN, 2004b, p. 23). O soberano, mediante esse estado de suspensão da aplicação da lei, procura garantir o seu próprio poder, mas necessita da lei para tanto, ou seja, a lei não deixa de existir, de vigor.

Mas quem seria essa figura “matável e insacrificável”, capturada na esfera do estado de exceção, nas garras do poder soberano? Agamben (2004b) nomeia esse vivente, essa vida nua, de *Homo sacer*, uma figura

ambivalente, que carrega não só a sacralidade da vida, mas a possibilidade de ela ser executada pelo soberano, no estado de exceção, sem qualquer espécie de sanção. “A vida insacrificável e, todavia matável, é a vida sacra” (p. 90).

O *Homo sacer* pertence ao deus (soberano) enquanto insacrificável, e é incluído na sociedade, na comunidade, na forma de “matabilidade (AGAMBEN, 2004b, p. 90). Ou seja, é um ser dotado dessa ambivalência inclusão-exclusão. Aqui pode-se fazer uma ponte, retomando a explicação de Bauman (2008) sobre a ambivalência da figura do “estrangeiro”, incluído, mas excluído, ao mesmo tempo.

No entanto, importa trazer a lição de Agamben, segundo a qual

Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação ao ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem com sacrilégio. (AGAMBEN, 2004b, p. 90)

Ou seja, o *Homo sacer* é um ser duplamente incluído-excluído e, ainda, carrega em suas costas a violência à qual é exposto pelo poder soberano a partir de práticas biopolíticas.

Com o estado de exceção como paradigma de governo, da exclusão “do outro” a partir de uma verdadeira anomia (uma afirmação das consequências da globalização negativa, uma forma de tentar “driblar” a insegurança e o medo de passar de excludente à excluído (BAUMAN, 2008), mantém-se essa figura do *Homo sacer*, do corpo dócil, da vida nua, sendo os migrantes e os refugiados a personificação, as vítimas dessa prática de biopolítica promovida pelo poder soberano.

Considerando as contribuições da psicanálise com relação à dificuldade de convivência com o outro, observa-se, pois, que a manutenção de um paradigma político de estado de exceção, que visa eliminar a ameaça da presença do outro, incluindo-o a partir da exclusão, pressupõe a existência da figura paterna, de um soberano que dita/produz a regra, é a regra, mesmo que não seja atingido por ela.

Ao trabalhar com a metateoria do direito fraterno aplicada à resolução de conflitos, Eligio Resta (2004)³ sustenta que o binômio amigo/inimigo, produzido pelo afastamento, pela ausência de reconhecimento e diálogo entre as pessoas, é característico de uma estrutura estatal⁴, paterna, representada pelo soberano que dita as normas (de fora ou de cima), somente poderia ser quebrado ou combatido a partir da imposição de um paradigma de direito fraterno.

O direito fraterno, idealizado pelo autor (2004) nos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, foge da necessidade de uma figura paterna, autoritária de decisão, haja vista que se baseia numa convenção de regras entre as partes (iguais entre si), que não mais se identificam em uma obsessão pela inimizade e confronto com o outro, mas em um sentimento de aproximação, de comunicação e inclusão em uma sociedade não violenta, uma sociedade de paz e harmonia. Como sustenta Sandra Regina Martini Vial (2007, p. 124), o direito fraterno propõe a fraternidade como conceito fundante, não sendo compatível com nenhum tipo de soberano, já que resulta do pacto entre iguais e, por isso, é *frater* e não *pater*.

Ao debater as cartas trocadas entre Einstein e Freud sobre os motivos e tentativas de solução do problema da guerra, Resta (2004) afirma que a imposição de um direito fraterno possibilita a alteração do binômio amigo-inimigo, da lógica de identificação tão somente na figura do outro enquanto adversário, transpassando, assim, da paranoia e da obsessão da beligerância. Consequentemente, acaba transcendendo a animalidade não racional das pulsões eróticas e de destruição.

Ao desviar o olhar do binômio amigo/inimigo, abrem-se novos horizontes, tendo-se a possibilidade de um Direito jurado em conjunto, livre da “obsessão da identidade”, não violento (e não propenso à guerra, teoricamente), que possibilite a materialização, e não a violação, dos direitos humanos enquanto responsabilidade da humanidade e de ter humanidade (RESTA, 2004, p. 14; 133-136).

³ Segundo Sandra Regina Martini Vial (2007), Eligio Resta, o principal teórico do direito fraterno, inicia a reflexão do tema nos anos 80, mas somente na década de 1990 apresenta o texto básico “Il Diritto Fraterno” (O Direito Fraterno).

⁴ Justamente por isso Resta sustenta a desnecessidade da figura do Estado, preferindo a organização em comunidades, onde as pessoas se reconheçam, semeiem o diálogo e a solução de eventuais conflitos a partir de uma “autorregulação”.

A metateoria do direito fraterno é, pois, uma forma de construção de um entendimento racional, sem a necessidade de imposição, mas por meio do estabelecimento do diálogo entre as partes, de modo que se autorregulem, que procurem aquilo que lhes é mais interessante e possibilite a convivência harmoniosa e fraterna em um cenário de eventual disputa.

Na concepção de Eligio Resta (2004, p. 136), o direito fraterno

[...] vive da falta de fundamentos, anima-se de fragilidade; procura evitar afirmar que “deve” ser, e que existe uma verdade que o move. Ao contrário, arrisca algo numa aposta, exatamente como na aposta de 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 àquilo que poderia ter ganho. *Convém*, então a apostar na fraternidade.

Tomando em consideração esse espectro de “aposta” característico, Vial (2007) aduz que o direito fraterno não busca suprimir o Direito à mera técnica, à simples redução dos paradoxos, à redução da complexidade. O direito fraterno busca trabalhar com esses elementos, tem uma mirada transdisciplinar, abraça os paradoxos. Segundo a autora,

Estudar o direito a partir de uma visão transdisciplinar implica em construir um novo referencial para a própria ciência do direito, o qual deve se fundamentar em outras áreas de estudos que estão intrinsecamente ligadas “com e “nos fenômenos sociojurídicos”. (VIAL, 2007, p. 133)

Tal é a importância de uma nova forma de encarar os processos migratórios, extremamente complexos e em complexificação, a partir das lentes do Direito, que Hein de Haas (2014) advoga que o cenário enfrentado no nível internacional impede uma abordagem ampla, a partir de uma gama de fontes teóricas e da análise dos contextos social e espaço-temporal, não podendo ser solucionada a partir de construções fáceis. Ora, ante o apresentado, entende-se que o paradigma da metateoria do direito fraterno pode ser visualizado como um eventual método de análise desse fenômeno em constante complexificação.

Logo, a manutenção e alimentação de um paradigma político de estado de exceção, representado no poder de um terceiro soberano que impõe as regras, ocasiona o constante afastamento entre as pessoas e intensifica o binômio amigo-inimigo, dificultando/impossibilitando o surgimento de um método dialógico de relacionamento e aproximação entre as partes e, conseqüentemente da materialização dos direitos humanos enquanto responsabilidade da humanidade e de ter humanidade.

A fim de refletir sobre os meios de combate do paradigma político de estado de exceção (e, por conseguinte, do binômio amigo/inimigo) passar-se-á, no próximo tópico, à denúncia de alguns elementos que reafirmam e potencializam a manutenção desse paradigma perverso, criando uma verdadeira cultura do medo em relação aos migrantes e refugiados, alçando-os ao símbolo da figura do (potencial) “inimigo”.

3 ALIMENTANDO O SOBERANO: TERRORISMO E A “PROPAGANDA” DE RETOMADA DO IDEAL DE SEGURANÇA COMUNITÁRIA DO ESTADO-NAÇÃO

Como discutido no tópico anterior, lidar com a alteridade, com o outro, é uma das maiores fontes de sofrimento na vida em sociedade, pois implica a constante vigilância ante o medo da exclusão. Há que se vigiar constantemente o “outro”, a fim de mantê-lo na situação de excluído, para que não passe a ser o excludente. É justamente nesse cenário que a figura do estrangeiro (migrantes e refugiados), caracterizado desde a antiguidade clássica como um ser hostil, potencial inimigo, não participante da comunidade, não pessoa (DEL’OLMO, 2008), aparece como principal vítima.

Logo, a dificuldade em aceitar a existência do “outro”, essa constante ameaça a ser vigiada, cumulada com a insegurança gerada pelo enfraquecimento do poder de controle do Estado-Nação⁵, é potencializada neste novo século, em valores quase que incontroláveis, a partir da propagação de atos de terrorismo, praticados sob a “fun-

⁵ De acordo com Bauman (1999, p. 63-72), a globalização resulta em um enfraquecimento do poder de controle (soberania) do Estado-nação sobre o seu território, gerando um estado de impotência, de insegurança, de constante medo, por não se saber mais quem está no controle, quem irá promover a ordem e a segurança.

damentação” de constituir resistência à globalização hegemônica e práticas de dominação das superpotências, bem como resgatar ideologias nacionais e/ou religiosas. Trazendo as contribuições de Michel Foucault, Saly da Silva Wellausen (2002) afirma que o terrorismo se caracteriza como uma forma de “ação política no combate ao poder estabelecido”, e que, atingindo uma parte, procura alcançar o todo, estabelecendo o medo, o terror.

Bauman (2008), por sua vez, sustenta que os grupos terroristas contam com a reação dos estados inimigos, que geralmente é muito maior e ocasiona “baixas colaterais”, gerando, assim, maior insatisfação contra os próprios inimigos. O terror alimenta-se do próprio combate ao terror.

Em se tratando de terrorismo, não há como deixar de mencionar os ataques de 11 de setembro de 2001, ocorridos nos Estados Unidos da América, que, no entendimento de Alain Touraine (2006) provocaram em toda a sociedade americana e no mundo inteiro rupturas profundas. Além de marcar o início de uma luta contra do bem, representado pelos Estados Unidos, contra o mal (sociedade islâmica), situação cada vez mais reforçada com os constantes ataques terroristas e infundáveis ações políticas e militares de combate a células de grupos terroristas, pontua-se uma espécie de retorno à separação das pessoas em comunidades, “Estados-nação, fortaleza de segurança máxima”.

Augusto Jobim do Amaral (2014, p. 12-13) observa que esse

[...] “estado de guerra infinita” [...] em que a ordem securitária é estratégia em escala planetária, denota cabalmente a virulência e uma certa “vitória do terrorismo”, na qual a obsessão por segurança é tornada modo (nem tão) velado naturalmente de terror perpétuo sob o princípio universal da *prevenção*. Uma sorte de profilaxia em escala global neutralizadora de populações estigmatizadas e canalizadora de diferenças preconceituosas. Antecipação e dissuasão máximas como referências em busca de um fantasma criminoso, entretanto realidade que assombrará concretamente os signos perturbadores da ordem hegemônica. Um espectro de *violência viral* que, por reação em cadeia, além de destruir nossas imunidades e qualquer capacidade de resistência, anuncia um “fim da história”, excluída obviamente aquela relativa ao terror preventivo como única possibilidade de acontecimento. (AMARAL, 2014, p. 12-13)

Essa obsessão por segurança materializada em um terror perpetrado pelo próprio Estado, a fim de combater, de prevenir a ameaça terrorista, constitui-se no princípio fundante da manutenção de um paradigma político de estado de exceção (já discutido no tópico anterior), de vigilância conjugada com violência a fim de manter o “outro” controlado, inerte.

Justamente o que se observa como principal medida “propagandeada” para instauração de tal paradigma político é a retomada de um agente já conhecido nas relações internacionais, qual seja, o Estado-nação. O resgate dessa estrutura política fundada em uma simplificação e afastamento das diferenças, uma homogeneidade cultural e étnica, a fim de propiciar melhor controle sobre a população e o território, marca “um retorno às comunidades fechadas sobre si mesmas” (TOURAINÉ, 2006, p. 21).

É nessa ordem de acontecimentos que Gustavo Oliveira de Lima Pereira (2014, p. 59) sustenta que os atentados de 11 de setembro de 2001 demarcam uma “ruptura decisiva com a dinâmica dos direitos humanos”, um “deserto dos direitos humanos”, dando uma “nova tonalidade ao conceito de soberania, absolutamente central para se pensar o direito internacional dos direitos humanos”, e colocando o argumento da segurança nacional como justificativa incontestável.

Logo, toda e qualquer norma interna ou externa com conteúdo de proteção aos direitos humanos poderá ser desrespeitada, ou simplesmente ter a sua aplicação e/ou eficácia suspensa ante a necessidade de preservar a segurança nacional, a soberania do Estado-nação.

Como aponta Pereira (2014, p. 73),

[...] aquele que mais sofre na pele a luta contra o terror e o rótulo de ameaça à segurança nacional é a figura abstrata do “estrangeiro”. Por óbvio, não falo aqui do “estrangeiro turista”. Este, *até certo ponto*, é bem-vindo, pois gera ganhos financeiros ao país que o recebe. O problema está no estrangeiro que intenta reconstruir sua vida fora do território de nascimento. Aquele que infesta o cotidiano da população nacional. *Este é quem mais sofre na carne o repúdio e o ódio despejado ao inimigo abstrato.* (Grifos do original.)

O estrangeiro, classificado como migrante e/ou refugiado, de acordo com as convenções internacionais, que habita a “zona cinzenta” da incerteza e da não participação na esfera pública, é tomado como representação viva do medo, do terrorismo, da insegurança dos tempos modernos.

Como afirma Bauman (2008, p. 159),

Uns poucos assassinos suicidas à solta são mais que suficientes para reclassificar milhares de inocentes como “suspeitos habituais”. Em pouco tempo, umas poucas escolhas individuais iníquas serão reprocessadas como atributos de uma “categoria”; uma categoria facilmente reconhecível, por exemplo, pela pele suspeitamente escura ou pela mochila suspeitamente estufada – o tipo de objeto que as câmaras das TVs de circuito fechado são planejadas para registrar e que os transeuntes são ensinados a encarar com desconfiança.

A partir dessa internalização do migrante e do refugiado como figuras causadoras e portadoras da desgraça do terrorismo, do inimigo à espreita, é que se constitui uma institucionalização da cultura do medo, em evidente contraponto a uma sociedade cada vez complexa e permeada pelas diferenças.

Observe-se que os migrantes e os refugiados são vítimas do terrorismo e da retomada dos sentimentos nacionalistas, causados pelos aspectos negativos da globalização em dois momentos: são levados ou forçados a deixar seus espaços originais, a migrar ou se refugiar, mas, em um segundo momento, não conseguem se (re)estabelecer em outro local em função da instauração de um comunitarismo perverso, idealizado como solução para a insegurança (?) internacional.

Contudo, apesar de serem verdadeiras vítimas (duplamente), como já mencionado anteriormente, diante de um cenário político internacional de (re)fechamento, as figuras do migrante e do refugiado foram tornadas totem/símbolo da figura do inimigo, estando cada vez mais à margem, excluídas da sociedade.

Diante de tais reflexões, entende-se propício trazer ao debate uma breve análise do parâmetro jurídico brasileiro/regional no tratamento às pessoas migrantes e refugiadas, projetando uma eventual possibilidade de alinhamento daquele à metateoria do direito fraterno, o que será feito com maior ênfase no próximo tópico.

4 ESTATUTOS DO ESTRANGEIRO E DO REFUGIADO: DA NECESSIDADE DE MUDANÇA DE PARADIGMA

O Brasil possui enraizada em sua história a participação de diferentes fluxos migratórios de “estrangeiros” na constituição de sua população. Em diferentes épocas, foi visível o ingresso de migrantes e refugiados e também sua conseqüente inserção (a duras custas) no processo de constituição da sociedade brasileira. Em alguns momentos, esses deslocamentos foram encarados como positivos e incentivados, inclusive por políticas de Estado; em outros, passaram a representar uma ameaça à integridade nacional e foram duramente combatidos, também com políticas de Estado (estado de exceção), especialmente de vigilância das fronteiras e de constituição de legislações internas de exclusão do estrangeiro por parte das corporações profissionais.

Esta dualidade em relação ao “estrangeiro” é visível na Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, também conhecida como “Estatuto do Estrangeiro”, que atualmente regula os fluxos migratórios no País. Trata-se de uma legislação construída no período de ditadura militar no Brasil, no qual predominava a ideia de defesa do Estado e sua nação (“Doutrina de Segurança Nacional”), contemporânea ao período de vigência da “Guerra Fria” no cenário internacional, sendo o “estrangeiro” retratado como uma ameaça (KENICKE, 2016, p. 18-19).

Em exegese da terminologia empregada no título da legislação: “Estatuto do Estrangeiro”, observa-se o tratamento do sujeito migrante como um verdadeiro estranho, como uma ameaça, um inimigo, alguém que não pertence à comunidade e não poderá pertencer ou participar ativamente.

De acordo com Kenicke (2016, p. 13-14), o Estatuto do Estrangeiro

[...] define o imigrante por exclusão e regula sua entrada a condições arbitrárias fundamentadas em nocividade “à ordem pública ou aos interesses nacionais”, ou conforme seja a presença do imigrante inconveniente “no território nacional, a critério do Ministério da Justiça” e seu Departamento da Polícia Federal.

Transparente, pois, que a Lei 6.815/1980 trabalha com uma verdadeira política de exclusão, com a manutenção de um estado de exce-

ção perante o migrante, mascarada na “ordem pública” e nos “interesses nacionais”, vez que dificulta/impossibilita a sua inserção na sociedade, retirando-lhe direitos e garantias fundamentais estabelecidos em convenções internacionais de direitos humanos.

Com relação à situação dos refugiados, o País tem sido espaço para a reconstrução da vida de 8.863 pessoas, de 79 nacionalidades diferentes, de acordo com dados recentes (abril de 2016) do ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), principalmente de sírios, angolanos, colombianos, congolenses e palestinos.

No entanto, a Lei 9.174/1997, que “define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951” que internalizou (tardamente) a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas (tendo entrado em vigor em 22/04/1954), sofre do mesmo problema do Estatuto do Refugiado.

Apesar de promulgado posteriormente à Constituinte de 1988, em um momento em que o Brasil já se encontrava em um regime político democrático, o Estatuto dos Refugiados apresenta um teor bastante “seco”, restringindo-se a apresentar aspectos administrativos com relação ao processo de solicitação de refúgio, pecando, assim, pela ausência de um conjunto de direitos fundamentais e garantias para o refugiado.

Ao seu passo, o documento original da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, garante uma série de benesses, como o acesso à educação pública, empregos remunerados, políticas de bem-estar, facilitação dos processos de naturalização, liberdade religiosa, entre outros, contando, inclusive, com a cláusula do artigo 5º que garante que “nenhuma disposição desta Convenção prejudicará os outros direitos e vantagens concedidos aos refugiados, independentemente desta Convenção”.

Não obstante a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seus artigos 1º, I, e 5º, *caput*, presente a dignidade da pessoa humana e o tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros como princípio e direito fundamental, respectivamente, dadas as observações realizadas neste tópico, considerando a especialidade de aplicação dos Estatutos do Estrangeiro e do Refugiado, não há como se duvidar da ausência de efetividade das normas constitucionais e, conseqüentemente,

da dissonância da situação jurídica brasileira com as convenções internacionais de direitos humanos.

Logo, é impossível não comparar a atual situação dos migrantes e dos refugiados em território brasileiro como uma verdadeira vida nua, uma vida puramente dotada de “zoé” (vida simples, natural), desprovida de uma qualificação política, corpos dóceis e controláveis, sem direito à inserção completa no espaço público.

Diante de tal mapa normativo, entende-se, em uma visão bastante otimista, que a nominada “Lei de Migração”, fruto do Projeto de Lei 2.516/2015 que teve seu texto aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 06 de dezembro de 2016, necessitando passar pelo restante do processo legislativo, apesar da ainda vasta carga de mecanismos de represália e expulsão de migrantes, poderá constituir-se no marco de rompimento desse paradigma político de estado de exceção, pelo menos com relação ao migrante, podendo demarcar também a reflexão para uma nova construção legislativa para a situação dos refugiados.

Apesar do paradoxo, a Lei de Migração demonstra a preocupação em (tentar) enterrar os fantasmas do passado, em tentar reverter a ideologia de fechamento e segurança nacional característica do período de ditadura militar brasileiro (e que, infelizmente, vem retomando as suas forças).

A uma, porque o artigo 1º do referido projeto de lei já se mostra baseado em princípios diferenciados, apresentando uma mudança na terminologia empregada: de “estrangeiro” passa-se a utilizar a palavra “migrante”, que abrange os imigrantes, emigrantes, residentes fronteiriços e apátridas. Isso pode demonstrar uma mudança de visão do migrante como um “estrangeiro”, um “outro”, que não pertence à comunidade, que deve ser controlado, vigiado, mantido na “zona cinzenta”.

A duas, além de inexistir qualquer proibição de participação/envolvimento em eventos/espacos políticos (como hoje existe no “Estatuto do Estrangeiro”), a “Lei de Migração”, em seu atual estado de projeto de lei, conta, no artigo 3º e incisos, com uma estrutura de princípios baseada no paradigma de efetivação dos direitos humanos, de inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas (art. 3º, X), chamando atenção para a necessidade de discussão social da situação dos migrantes (e discussão pelos migrantes).

A simples análise do texto do projeto de lei não é uma prova cabal de florescimento de um paradigma do direito fraterno no ordenamento jurídico brasileiro com relação à questão de processos migratórios, mas indica uma mudança (ou tentativa de mudança) de visão com relação à figura do migrante, buscando aproximá-lo da sociedade e não simplesmente excluí-lo, como se inimigo fosse.

Leonardo Boff (*apud* BERTASO, 2010) lembra que o ser humano não apenas “existe”, mas “coexiste” com todos os outros. Portanto, a relação entre os seres humanos não deve ser de domínio, mas sim de “con-vivência”; “não é pura intervenção, mas sim *inter-ação* e comunhão” (*idem*, p. 17). A Lei de Migração poderá tornar-se um instrumento paradigmático de abandono da intervenção e concretização da *inter-ação* e da comunhão entre as pessoas envolvidas nos processos migratórios e o restante da sociedade.

Evidentemente, esse processo de aproximação e ruptura do binômio amigo/inimigo somente poderá ser efetivo a partir da materialização de eventuais políticas públicas de inclusão do migrante adotadas pela Administração após a vigência da referida lei. É um processo lento e que ainda poderá demonstrar-se infrutífero.

Conseqüentemente, há necessidade de se insistir na mudança do paradigma político de estado de exceção, que o Brasil ainda apresenta, para um novo paradigma de diálogo intercultural (TOURAINÉ, 2006), de comunicação e aproximação (RESTA, 2004), de “enriquecimento” da prima pobre que veio do interior (fraternidade), que possibilite a participação, inclusão e tomadas de decisões/elaboração de planos conjuntos entre os diferentes grupos étnicos e culturais que se entrecruzam na sociedade globalizada em constante complexificação.

5 CONCLUSÃO

A internalização e “internacionalização” de uma cultura do medo com relação aos imigrantes e refugiados, que representa o “outro”, que alimenta e é alimentada pelos eventos de terrorismo, caminha para uma infinita prorrogação de um paradigma político de estado de exceção, do binômio de amigo/inimigo, de um deserto dos direitos humanos, perpetuado pela idealização de um fechamento em comunidade/fortaleza, onde o sujeito que não pertence à identidade, à “cultura”, ao espírito na-

cional, não integra e não pode integrar o espaço público; não pode participar efetivamente no e do Estado; não é e não pode ser humano. É inimigo.

É transparente que a retomada do ideal de estrutura do Estado-nação, a partir de um pensamento de comunitarismo saudosista, consiste em uma tentativa de reforçar ou recriar estruturas não complexas, de homogeneização cultural, mais propícias ao controle do poder soberano. Isso constitui verdadeira afronta à materialização da esquecida fraternidade da Revolução Francesa, impossibilita o diálogo intercultural, eis que afasta cada vez mais os sujeitos, a ponto de marginalizar/excluir alguns. Esse cenário não é propício à efetivação das convenções de direitos humanos internacionais.

Há, portanto, que se caminhar para a construção de estruturas normativas que contemplem a relação de “con-vivência”, de “co-existência”, de diálogo e aproximação entre as pessoas, independentemente de sua raiz cultural ou étnica, materializando, assim, o espírito de fraternidade iluminista apresentado como princípio fundante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (art. 1º). E é nesse cenário que a metateoria do direito fraterno se apresenta como uma “aposta” (RESTA, 2004; VIAL, 2007) para o rompimento de um modelo de organização biopolítico, baseado no binômio amigo/inimigo, possibilitando o surgimento de indivíduos que interagem, pactuam e dialogam como iguais, e a consequente efetivação dos tratados e declarações de direitos humanos.

Do contrário, manter-se-á, tão somente, um paradigma sociopolítico centrado no binômio amigo/inimigo, uma xenofobia legitimada nas estruturas de controle dos Estados-nações.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Dados sobre refúgio no Brasil*. Balanço até abril de 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

AMARAL, Augusto Jobim do. Introdução. Desconstruindo o terrorismo. In: BORGES, Rosa Maria Zaia; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima (Orgs.). *Direitos humanos e terrorismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. Da psicanálise à compreensão normativa do estrangeiro: contribuições à convivência intercultural. In: BERTASO, João Martins (Org.). *Cidadania e interculturalidade*. Santo Ângelo: FURI, 2010. p. 101-117.

_____. *A dignidade humana do estrangeiro: o imigrante e o refugiado na perspectiva do diálogo intercultural*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* Santo Ângelo, Santo Ângelo, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004a.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004b.

ASSIS, Gláucia de Oliveira. Mulheres migrantes no passado e no presente: gênero, redes sociais e migração internacional. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 15(3), p. 745-772, set./dez. 2007.

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

_____. *Estranhos à nossa porta*. Versão: *ebook*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEDIN, Gilmar Antonio; BÜRON, Luciane Montagner. Os direitos humanos e a proteção internacional de grupos específicos. *Direito em debate*, Ijuí, v. 1, n. 1, p. 151-167, out. 1991.

BERTASO, João Martins. Cidadania, solidariedade e con-vivência: a dimensão do amor da cidadania. In: BERTASO, João Martins (Org.). *Cidadania e interculturalidade*. Santo Ângelo: FURI, 2010. p. 13-28.

_____. Cidadania, reconhecimento e solidariedade: sinais de uma fuga. In: BERTASO, João Martins (Org.). *Cidadania, diversidade e reconhecimento*. 2. ed. Santo Ângelo: FURI, 2012. p. 13-33.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÓGUS, Lucia Maria Machado. Globalização e migração internacional: o que há de novo nesses processos? In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Orgs.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 165-186.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 2.516/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>>. Acesso em: 7 de dez 2016.

_____. *Câmara Notícias*. Câmara aprova proposta de nova lei sobre migração. Relações exteriores. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/RELACOES-EXTERIORES/520860-CAMARA-APROVA-PROPOSTA-DE-NOVA-LEI-SOBRE-MIGRACAO.html>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 ago. 2016.

_____. *Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm> Acesso em: 5 ago. 2016.

_____. *Lei 9.474, de 22 de julho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: 5 ago. 2016.

_____. Ministério da Justiça. *Entenda o anteprojeto de lei de migrações*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/proposta-de-nova-lei-de-migracoes-deverasubstituir-estatuto-ccriado-durante-a-ditadura/entenda_novo_estatuetoestrangeiro2.pdf/view>. Acesso em: 01 nov. 2015.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito internacional privado: abordagens fundamentais, legislação, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; GARCIA, Thiago Roberto Gebert. A globalização e os deslocamentos pela América Latina em busca de cidadania. In: BERTASO, João Martins; VERONESE, Osmar; PIAIA, Thami Covatti (Orgs.). *Diálogo e entendimento*. Direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito. Campinas: Millenium, 2015. Tomo 6, p. 213-226.

DE HAAS, Hein. Migration theory. Quo vadis? In: *IMI Working Paper Series 2014*, November 2014, paper nº 100. Disponível em: <<https://www.imi.ox.ac.uk/publications/wp-100-14>>. Acesso em: 15 set. 2016.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. Um diálogo entre Einstein e Freud. Por que a Guerra? Santa Maria: Fadisma, 2005. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05620.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

GAIRE – Grupo de Assessoria a Imigrantes e Refugiados. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/saju/grupos/gaire>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

KENICKE, Pedro Henrique Galotti. *O estatuto do estrangeiro e a lei de migrações: entre a doutrina da segurança nacional e o desenvolvimento humano*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

KOLTAR, Caterina. O “estrangeiro” no processo de globalização ou a insustentável estrangeiridade do outro. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Orgs.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 70-73.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Imigração – criminalização e subsistema penal de exceção*. Curitiba: Juruá, 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Comentado por Napoleão Bonaparte. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2008.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. Direitos Humanos e cidadania: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal da 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, 55/56, p. 239-306, jan./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

MILESI, Rosita. Em defesa dos direitos dos migrantes. *REMHU – Revista Interdisciplinar Mobilidade Humana*, Brasília, ano XXII, n. 43, p. 275-280, jul./dez. 2014.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Bem-vindo ao deserto dos direitos humanos: o 11 de setembro e o choque de fundamentalismos. In: BORGES, Rosa Maria Zaia; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima (Orgs.). *Direitos humanos e terrorismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Enio Waldir da. *Estado, sociedade civil e cidadania no Brasil: bases para uma cultura de direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2014.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petrópolis: Vozes, 2006.

UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *Contribuciones desde Coatepec*, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, n. 12, p. 123-138, enero/junio, 2007. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/281/28101207.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

WELLAUSEN, Saly da Silva. Terrorismo e os atentados de 11 de setembro. *Tempo Social, Rev. Sociol.*, USP, São Paulo, 14(2): 83-112, out. 2002.

MULTICULTURALISMO E DIREITO FRATERO: CONTRIBUIÇÕES PARA UMA MELHOR EFETIVAÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA¹

GERSON OSVALDO DE SOUZA²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo fará abordagem crítica em relação à efetivação das normas protetivas das pessoas com deficiência no Brasil, e de que forma o multiculturalismo e o direito fraterno (de Eligio Resta) podem contribuir para melhor efetividade dessas normas. Para tal, parte-se da análise dos aspectos conceituais do multiculturalismo e do direito fraterno, incursionados pelo sistema legislativo pátrio de proteção às pessoas com deficiência, enveredando para demonstração de que as normas protetivas desses direitos fundamentais não estão sendo implementadas de forma satisfatória pelo Poder Público.

Considerando-se a premência de se construir uma sociedade inclusiva, que assegure às pessoas em condição socialmente vulnerável, dignidade, cidadania, interação social, bem-estar pessoal e socioeconômico, com igualdade de oportunidades, por meio do pleno exercício de seus direitos, tem-se como problema do trabalho a seguinte formulação: Quais as contribuições do multiculturalismo e do direito fraterno para uma melhor efetivação das normas protetivas das pessoas com deficiência?

¹ Extrato do Pré-projeto de Pesquisa do PPGDireito – Mestrado Universidades Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* Santo Ângelo/RS.

² Graduado em Direito no Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo/RS (IESA); Pós-graduado em Direito Público, pela Universidade Anhanguera, Uniderp, Brasil; Mestrando do PPGDireito – Mestrado, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* Santo Ângelo/RS. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gersonsouza@mprs.mp.br

Como objetivo geral, o trabalho visa promover estudo crítico sobre a não efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência por parte do Poder Público, não obstante a existência de robusto sistema legislativo pátrio protetivo dessa minoria da sociedade, portadora de deficiência, e como o multiculturalismo e o direito fraterno podem contribuir para melhor efetivação dessas normas protetivas.

Como objetivo específico, o artigo tem por escopo: a) Indicar a importância do multiculturalismo (pelo viés das minorias portadoras de deficiência) e do direito fraterno, como matrizes teóricas, para uma melhor efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência por parte do poder público; b) Discorrer sobre a legislação brasileira protetiva dos direitos das pessoas com deficiência, partindo de preceitos constitucionais, passando pela ratificação de convenção internacional de direitos humanos em relação ao tema e ingressando nos diplomas legislativos em vigor pertinentes ao tema; c) Demonstrar a insuficiência de ações para a implementação desses direitos pelo Poder Público, na busca de efetiva implementação desses direitos fundamentais.

O método será o dedutivo, partindo do geral para o particular. Os procedimentos para atingir os objetivos serão os métodos lógicos e comparativos. A técnica utilizada será a pesquisa documental e bibliográfica.

2 DA IMPORTÂNCIA DO MULTICULTURALISMO E DO DIREITO FRATERNO: PARA A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Durante estudos preparatórios para exame de admissão do Processo de Seleção de candidatos ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI – Mestrado/2016 – *Direito e Multiculturalismo e Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito* –, bem como para vislumbrar linha de pesquisa a ser seguida na elaboração do pré-projeto, foi possível tomar contato com o tema multiculturalismo como substrato para elaboração de políticas de cidadania.

Em leituras realizadas sobre o tema, deparei-me com a obra *Multiculturalismo e Direito*, organizada pelas Doutoradas Angelita Maria

Maders, Liliana Locatelli e Rosângela Angelin, publicada pela Editora da Uri, *Campus Santo Ângelo*, no ano de 2012.

No bojo da aludida obra evidenciam-se considerações úteis ao presente artigo, em especial no que diz respeito ao texto contemplado no primeiro capítulo da obra, da lavra de Angelita Maria Maders e Isabel Cristina Brettas Duarte, que traz por título *O que é isto – Multiculturalismo?* (2012).

A publicação aponta que o multiculturalismo, “como processo de reivindicação identitária” (MADERS; LOCATELLI; ANGELIN, 2012, p. 33) teria principiado por volta de 1960, pelo movimento popular norte-americano intitulado “Panteras Negras”. A partir desse movimento, muitos outros se seguiram, merecendo especial destaque os movimentos feministas e dos homossexuais.

O bem lançado trabalho oferece a oportunidade de um primeiro contato com o termo multiculturalismo, restando apontadas algumas das inúmeras concepções do termo, levando-se em consideração a diversidade cultural dos últimos tempos.

Contribui para o presente trabalho algumas construções encetadas no texto em testilha. Uma primeira contribuição diz respeito à interpretação endereçada ao aludido termo, qual seja, interpretação ampliada da democracia. Veja-se:

O multiculturalismo implica pluralismo, hibridismo e, por isso, chegou a ser considerado uma interpretação ampliada da democracia, embora fosse cunhado de diferentes formas mundo afora. Em razão disso, não é fácil mapear seus diferentes usos, muito menos avaliar seus múltiplos significados. (MADERS; LOCATELLI; ANGELIN, 2012, p. 29-30)

Resta ressaltado, na aludida compilação, que a expressão multiculturalismo, assim como a expressão cultura, não possui um significado único, aliás, como já se viu acima. Não obstante, não resta dúvida de que multiculturalismo é sinônimo de pluralismo e consagra a coexistência das diferenças, consoante verte do relato das autoras:

Por aceitar a possibilidade de posicionamentos diversos sobre o mesmo tema, combatendo o pensamento único, ele é considera-

do pluralista abolindo o pensamento único. Nele há um diálogo entre culturas diversas que prezam por sua convivência pacífica e com resultados positivos a ambas. A coexistência das diferenças é, pois, tida como um aspecto positivo nas lutas por reconhecimento inerente aos conflitos multiculturais. (MADERS; LOCATELLI; ANGELIN, 2012, p. 33-34)

A expressão também pode, segundo as estudiosas, ser compreendida como forma de combate às culturas homogeneizadoras que excluem e colocam à margem da sociedade algumas minorias que a integram:

O multiculturalismo está, então, estritamente vinculado com termos como diversidade étnica e racial, hibridismo, identidades, políticas e culturas, e com questões de origem sexual. Ele implica transição de uma cultura homogênea para culturas, visando à inclusão dos excluídos, dos que estão à margem da cultura, estando, portanto, no cerne da “guerra de culturas”. (MADERS; LOCATELLI; ANGELIN, 2012, p. 33-34)

Seguindo na leitura do texto em comento, encontra-se a afirmação de que, para aqueles que defendem o multiculturalismo, sua manutenção nas sociedades democráticas é tida “como um fenômeno que inclui as minorias oprimidas, as culturas periféricas” (MADERS; LOCATELLI; ANGELIN, 2012, p. 34).

Multiculturalismo também é conceituado por Charles Taylor (1998). Segundo o estudioso, um dos aspectos importantes da política atual é a necessidade de reconhecimento, o qual se torna o combustível dos movimentos sociais modernos, notadamente dos movimentos capitaneados por minorias. Esses movimentos políticos o autor denomina multiculturalismo:

E a exigência faz-se sentir, na política de hoje, de determinadas formas, em nome dos grupos minoritários ou «subalternos», em algumas manifestações de feminismo e naquilo que agora, na política, se designa por «multiculturalismo». (TAYLOR, 1998, p. 45)

No entanto, não é apenas em relação à diversidade cultural e reconhecimento que o multiculturalismo encontra guarida. Prosseguindo

nas leituras de textos sobre multiculturalismo, foi possível manter contato com o artigo *Multiculturalismo: como viver juntos?* (2001), da lavra de Mary Del Priore. Fragmento desse trabalho aponta que multiculturalismo designa tanto um fato como uma forma de política, que visa coexistência entre diferentes, nos seguintes termos:

O termo “multiculturalismo” designa tanto um fato (sociedades são compostas de grupos culturalmente distintos) quanto uma política (colocada em funcionamento em níveis diferentes) visando à coexistência pacífica entre grupos étnica e culturalmente diferentes. (DEL PRIORE, 2011, p. 9)

A historiadora aponta, ainda, que a “doutrina multiculturalista avança essencialmente a ideia de que as culturas minoritárias são discriminadas e devem merecer reconhecimento público”, e que é “o Direito que vai permitir colocar em movimento as condições de uma sociedade multicultural” (DEL PRIORE, 2011, p. 9).

Esclarece a autora que o multiculturalismo não se reduz apenas a questões de etnicidade culturais, mas também alcança outras particularidades que formam minorias: “As reivindicações se enraízam cada vez mais sobre o particularismo dos mores (preferências sexuais, por exemplo), de idade, de traços ou de deficiências (obesos, cegos, paraplégicos)” (DEL PRIORE, 2011, p. 10).

Portanto, o multiculturalismo também diz respeito às pessoas portadoras de deficiência, considerando que tal parcela da população brasileira pode ser enquadrada como minoria, colocada de lado em nossa sociedade, como se verá adiante.

Dessa forma, o multiculturalismo se mostra doutrina importante na luta pela implementação dos direitos fundamentais e das normas protetivas das pessoas com deficiência, uma vez que são voltadas a temas como forma de reconhecimento, estudo sobre minorias, inclusão e exclusão, construção e reconhecimento de identidades em sociedades plurais como a brasileira. No que toca ao presente artigo, fornece elementos relativos ao combate à exclusão e sobre medida que possam permitir a inclusão das pessoas com deficiência.

Passa-se, agora, a analisar a metateoria do direito fraterno, a qual encontra seus ditames na obra *O Direito Fraterno*, de Eligio Resta, sendo

que alguns dos elementos pertinentes ao presente trabalho serão extraídos da versão traduzida da obra acima por Sandra Regina Martini Vial, publicada em 2004.

Inicialmente, o autor questiona onde ficou a importância da fraternidade, tão exaltada ao lado da liberdade e igualdade, quando do advento do Iluminismo, no seguinte sentido:

Interessa, pelo contrário, entender como e porque, daquelas grandes narrativas, a fraternidade, aludida então, mas que permaneceu inédita e irresolvida em relação aos outros temas da igualdade e da liberdade.... (RESTA, 2004, p. 9)

Na época, a fraternidade, “parente pobre, ‘prima do interior’”, depois da liberdade, significava “um dispositivo de vaga solidariedade entre as nações” (RESTA, 2004, p. 9). Todavia, a aludida fraternidade, ao mesmo tempo que ia em direção aos povos de outras nações, fechava-se no interior das fronteiras dos Estados e famílias nacionais.

Aquela fraternidade deixava entrever muitas coisas, mas continuava no estado de aceno silenciosa. Confirmava antes de tudo o jogo da pertença dos indivíduos, de mulheres e homens de carne e osso, ao território do nascimento (não obstante o termo nação indique somente o nascer e omita o território e, como sugerem os psicanalistas, se expressa sobrecarregada pelo código fraterno). Ligava separando, incluía excluindo: o sentimento de fraternidade ia em direção a outras nações. Abria, portanto, o cenário do cosmopolismo, mas o fechava imediatamente dentro do recinto das pertencas e famílias nacionais. (RESTA, 2004, p. 10)

Na obra, Eligio Resta (2004, p. 10) retoma a ideia de fraternidade estampada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, ressaltando as várias facetas modernas sobre o real sentido da fraternidade:

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 da amizade à dimensão da fraternidade, típica de uma comunhão de destinos derivada do nascimento e

independente das diferenças. Assim, há 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.

No que toca ao presente trabalho, serão abordadas as questões da amizade na construção da teoria fraternal, ingressando no tema dos códigos fraternais, desembocando nos pressupostos teóricos que podem servir de instrumento na facilitação da implementação dos direitos humanos relativos às pessoas com deficiência.

Nesse particular, Resta (2004) ingressa na abordagem sobre a amizade como pano de fundo, como fundamento, do valor da fraternidade. Segundo o autor, num primeiro momento, a amizade era comum entre os conhecidos, sendo construída a partir da “contraposição, conhecida, do *amigo-inimigo*” (RESTA, 2004, p. 19-20), ou seja, quem não integrasse o ambiente dos amigos era considerado inimigo.

No entanto, o sentimento iluminista buscou romper com esse raciocínio dualista, no sentido de levá-lo para além das relações sociais e políticas, dos limites dos territórios, transferindo e transmitindo tal sentimento para aqueles que não estavam nesse contexto, fundamentando, assim, o valor da fraternidade:

Mas há, concomitantemente, a necessidade de transferir o modelo da amizade à dimensão da fraternidade, típica de uma comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças. Assim, há necessidade de transformá-la em código, de fazê-la regra, com todos os paradoxos, mas também com todas as aberturas que comporta. (RESTA, 2004, p. 10)

Ocorre que tal espírito não foi captado pelas sociedades da época. Em razão disso, o direito fraternal sofreu de anacronismo [segundo Resta (2004, p. 12) “o lugar das possibilidades contra o mundo das contingências que vencem”] no instante em que teve que sopesar os valores de justiça e amizade. Assim, o valor da fraternidade foi deixado de lado, sofrendo um contratempo [segundo Resta (2004, p. 12)

“um interromper a linearidade deitada pela direção que vai do início ao fim, da partida à chegada”].

No entanto, com a falência dos sistemas nacionais, de nações fechadas, o fraterno passou a ganhar fôlego novamente, buscando repropor condições de convivência que já buscava no passado. Nessa perspectiva,

O hoje indica uma época em que se vê desgastar-se a forma estatal das pertencas fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os outros. Mas significa também a época em que vão sendo experimentadas outras formas de convivência política. (RESTA, 2004, p. 12)

Nesse diapasão, o filósofo, lembrando Kelsen, indica a necessidade de pensar o *civitas maxima*, o qual exige que o intérprete se despoje dos sentimentos nacionais, do entendimento de separação, para ingressar em um ambiente de criação de direitos que venham a contemplar a fraternidade em relação a qualquer cidadão da comunidade mundial. Nesse ambiente surgem os direitos humanos, onde a humanidade é o lugar comum, no qual pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Veja-se:

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. (RESTA, 2004, p. 13)

Aqui entra, inclusive, a necessidade de se repensar a figura do inimigo, tão enaltecida numa ótica nacionalista, territorial e identitária, no seguinte aspecto:

[...] o direito fraterno pode ser a forma mediante a qual pode crescer um processo de auto-responsabilização, desde que o reconhe-

cimento do compartilhamento se libere da rivalidade destrutiva típica dos modelos dos “irmãos inimigos”. (RESTA, 2004, p. 13)

Note-se que, ao longo da história, obteve-se produções legislativas que visavam apenas à proteção contra o estrangeiro, “o inimigo”, o diferente. Com a revitalização do aspecto da amizade como fundamento da fraternidade, abrem-se novas possibilidades de preocupações, sem, necessariamente, se afastar, por completo, a preocupação com o “inimigo”, mas também vislumbrar outras possibilidades de convivência com os que estão além de nossas fronteiras. Resta (2004) observa que em insistir sobre essas outras visões dos “códigos fraternos” não é indulgência no sentido de uma ingenuidade destinada a sucumbir” em relação ao “realismo”, mas uma “tentativa de valorizar possibilidades diferentes”. Trata-se de um “modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolismo, não representada pelos mercados, mas por necessidade de respeito aos direitos humanos” (RESTA, 2014, p. 15).

Essa tarefa revela-se árdua, em especial pela dificuldade de definir o que seria esta amizade, haja vista que entender tal conceito parece mais tranquilo. Isso pode tornar a amizade, entendida como uma atitude espontânea, uma espécie de conceito concreto, para o fim de inseri-la em estatutos legislativos.

O paradoxo que desse conceito de amizade resta mais evidenciado em relação à separação da vida pública da vida privada, aos papéis sociais de cada um e a visão de amizade nesse contexto. Veja-se o que diz o autor em relação a isso:

Não vislumbraremos como uma tentativa nostálgica de recolocar a temática da amizade como se fosse o modelo de uma autenticidade perdida, mas simplesmente como o lugar em que se concentram alguns paradoxos decisivos da vida dos sistemas sociais. Aqueles, pelo menos, que atravessam mais ou menos conscientemente todos os grandes temas da reflexão teórica e que deslizam do perfil da comunidade à da pertença, da identidade à afetividade, do dom ao comportamento estratégico, para alcançar o plano das relações políticas e normativas. Entre essas dimensões, uma das mais relevantes, mas também, de fato, das mais paradoxais, é exatamente aquela definida por uma lei da amizade que encontra nos proces-

sos de codificação moderna a fórmula do imperativo da fraternidade diante de um jogo político, construído em cima da contraposição, conhecida, do *amigo-inimigo*. (RESTA, 2004, p. 19)

Tentando esmiuçar esse paradoxo, o autor faz uma diferenciação entre a amizade como “virtude coletiva” da amizade como “qualidade”. A primeira diz respeito à “relação amistosa” que deve buscar não apenas em relação aos conhecidos, mas em relação os desconhecidos, aos não vistos, aos não avizinados. Já a última, “oscila” e “definha” no plano da vida pública e na vida privada (RESTA, 2004, p. 20).

Dessa forma, a amizade relacionada à fraternidade é aquela que se furta “ao vínculo da reciprocidade que cotidiana, construída a partir de um ar comum que se respira. Pode-se compartilhar a vida sem compartilhá-la” (RESTA, 2004, p. 21).

Ainda desenvolvendo esse conceito de amizade fraternal, a obra indica que ela permite unir, independentemente de vínculos e liames visíveis, criando um ambiente em que o não conhecer não anula a existência. A amizade permitiria aos amigos, mesmo que não conhecidos, serem reconhecidos. Observe-se o que traz o autor em relação ao reconhecimento:

O reconhecimento nunca é constitutivo de alguma nova realidade, mas, como na linguagem dos juristas, ele se limita a declarar um estado ou uma ação já existente. Ele confirma e repete qualquer coisa no seu lugar e no seu tempo indiferente ao presente e não lhe altera a natureza, mas nela persiste até o fim.

[...]

Enquanto a gratidão altera, manipula generosamente, constitui um ex-novo aquilo que se sabia, abrindo olhares de novas perspectivas, antes ocultos ou invisíveis, criando, portanto, novas realidades, o reconhecimento nada mais faz senão confirmar aquilo que existia e que emerge sem qualquer variação de um espalho que apenas não emergiu à plena visibilidade. (RESTA, 2004, p. 22)

Nesse particular, o filósofo italiano diferencia a amizade ligada à gratidão daquela ligada ao reconhecimento. A amizade ligada à gratidão pode ser descrita como “típico mecanismo de criação do vínculo social através de um sentir-se obrigado a respeito de algo ou de alguém

a quem não se poderá nunca compensar” (RESTA, 2004, p. 22). De outra banda, a gratidão do reconhecimento estabelece “a mais consistente solidariedade e, quando é experimentada, é, mais do que qualquer outra coisa, capaz de fundar liames e vínculos atemporais, fora de qualquer tempo e qualquer lugar” (RESTA, 2004, p. 22).

A vantagem da amizade pautada no reconhecimento é que ela existe “independentemente do gesto voluntarista e subjetivo de procurá-la”, estabelece “conteúdos de um vínculo que vive de comunidade”, se forma a partir de “uma comunidade possível que vive à espera de reconhecimentos, mas que também vive independentemente deles”, que não diferencia “a pertença com base nos bens, mas que identifica formas complexas de identidade” (RESTA, 2004, p. 23). Essa faceta da amizade pelo reconhecimento permite que as sociedades formem um todo, sem necessariamente renunciar às suas individualidades:

[...] todos juntos e não isoladamente podem tornar-se massa e, portanto, renunciar à individualidade sem perder tudo; poder-se-ão constituir grupos, conjuntos, coesos no interior, mas separados e solados no exterior, porém isso é algo provisório, ameaçada e paradoxal, porque assim o grupo pretende resolver interiormente o que permanece como seu problema externo. (RESTA, 2004, p. 29)

No ponto, para melhor demonstrar tal circunstância, o autor faz uma analogia da amizade pautada pelo reconhecimento com a forma com que os cristais se formam:

O que ocorre nesse caso é análogo ao fenômeno da formação dos cristais, onde há atração e coesão de partículas isoladas que se fundem; permanecem separadas do resto, mas unidas no interior com novas solidariedades, porém também com novas solidões. Unem-se e separam-se ao mesmo tempo. (RESTA, 2004, p. 29)

Conforme o jurista italiano, a gratidão do reconhecimento estabelece a mais consistente solidariedade que cimenta o sistema social. Ela conecta mundos distantes e, mais do que qualquer outra coisa, é capaz de fundar liames e vínculos atemporais, fora de qualquer tempo e fora de qualquer lugar.

Dessa forma, a amizade aguarda esse reconhecimento, está ali pronta para encontrar algo que já existia, mas que não tinha visibilidade. A amizade é a forma mais significativa de uma comunidade possível, que vive à espera de reconhecimento, mas que também vive independente dele.

Um passo à frente no livro em comento, deparamo-nos com o subtítulo relativo aos *Códigos fraternos*, no bojo do qual evidencia-se a importância da amizade na formação desses códigos. Inicialmente, o texto ressalta que, mesmo desmanchada “a ilusão de que poderia ser o cimento espontâneo da comunidade” e diante do esquecimento da felicidade da virtude coletiva (“que interiorizou a inimizade”), a amizade não deixa a cena da vida pública para fechar-se nas relações privadas (RESTA, 2004, p. 34).

Ocorre justamente o contrário. A história da amizade política não acabou. Apenas tornou-se mais complexa, na tentativa de não se deixar engolir pelos paradoxos. Neste particular, a comunidade política deixou de entender que o inimigo não é mais interno, mas externo. A amizade política coloca a inimizade no exterior. O então inimigo interno passou a ser semanticamente designado de criminoso, opositor político ou, ainda, minoria. Tal circunstância permitiu o surgimento de uma espécie de contrato natural, por meio do qual se pertence a uma nação. Sendo integrante dessa nação, e não mais inimigo, é possível aceitar todas as suas leis:

O código fraterno, código de nascimento, com efeito, vincula uma obediência em troca de cidadania: por essa via é possível ser, em caso de transgressão ou de dissenso, no mínimo criminosos, mas nunca “inimigo”. (RESTA, 2004, p. 34-35)

Essa nova qualidade da amizade permitiu que a comunidade política transferisse a ideia de inimigo para fora de suas relações, viabilizando um convívio diferente, de forma que um integrante da comunidade política não visse, em outro integrante dessa comunidade, um inimigo, mas sim um opositor. Com isso, a fraternidade, “face trasmudada da amizade política”, retornou à história das instituições moderna (RESTA, 2004, p. 35).

Nesse diapasão, as decisões políticas que envolvem os destinos das comunidades não devem ser tomadas como estratégias pertinentes

a combater contra inimigos, mas sim com base em discussões e estratégias que não se afastem da visão de que o outro é apenas um opositor, nada além disso.

Outro importante ponto na formação dos códigos fraternos diz respeito ao fato de que a fraternidade demanda o afastamento de qualquer espécie de código paterno. Isso se impõe pelo fato de que os códigos paternos possuem uma conotação de imposição do “pai”, com sentido totalitário, enquanto que o código fraterno está relacionado à ideia de construção a partir de entendimentos entabulados entre “irmãos que, enquanto tais, são iguais” (RESTA, 2004, p. 35).

Mesmo assim, tal construção fraternal cria também seu paradoxo. De um lado, “o pressuposto de que qualquer constituição entre iguais deve pressupor um ato originário de supressão do pai, a fim de que não existam mais tiranos e violência”. De outro, o fato de que “a razão de ser da vontade geral, que acaba, inclusive a quem foi dela vítima, generalizando a força que venceu a maioria que sustenta. Não obstante, tal paradoxo não é suficiente para ofuscar a fraternidade como fundamento de construção de uma nova sociedade (RESTA, 2004, p. 35).

Nas palavras do jurista italiano, a “fraternidade é, ao mesmo tempo, pressuposto da forma jurídica da democracia e fim político último a ser alcançado através dos princípios normativos”. A fraternidade das instituições “é aquela que melhor do que qualquer outra coisa realiza comunidade” embora seja também “aquela em cujo interior se mantém o mais alto grau de tensão” (RESTA, 2004, p. 35).

Como arremate em relação aos códigos fraternos, é imperioso mencionar o trecho da obra que menciona que a igualdade entre irmãos permite a convivência entre os diferentes e os singulares:

A igualdade entre irmãos, tradução política da verdadeira igualdade entre amigos, chega ao ponto mais alto quando mantém juntos, ao mesmo tempo, a diferença entre os singulares e o direito a não ser, por ela, discriminados. Isso instiga a um vínculo mais forte entre amizade política (*a civic brotherness*) e a ideia de justiça fundada no altruísmo e na proibição de desejar maiores vantagens, a menos que não ocorram em benefícios dos menos favorecidos. (RESTA, 2004, p. 36-37)

Além da leitura da obra de Eligio Resta, foi possível manter contato com artigo *O Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita*, da lavra da tradutora da obra de Resta, Sandra Regina Martini Vial³, publicado na Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, em julho de 2006.

Nesse apanhado foi possível encontrar alguns apontamentos importantes para a realização deste artigo. Inicialmente, pende especificar a menção às traduções do vocábulo *frater* trazido pela autora, que parte da ideia de “parentesco de irmão; amor ao próximo; convivência de irmãos, harmonia, concórdia, etc.” (VIAL, 2006, p. 121-122).

Na sequência, a autora apresenta o que seriam os pressupostos teóricos do direito fraterno, a partir do pensamento de Eligio Resta, que podem ser resumidamente elencados na forma que segue:

1 - é um direito jurado conjuntamente entre irmãos, no sentido da palavra latina *frater*, ou seja, é um direito que não parte da decisão de um soberano (de qualquer espécie). É fundamentalmente um acordo estabelecido entre partes iguais, é um pacto acordado a partir de regras mínimas de convivência. É o oposto do direito paterno, imposto por algum tipo de soberano [...];

2 - é um direito livre da obsessão de uma identidade que deve legitimá-lo. [...] Deste modo, o direito fraterno encontra-se em um espaço político mais aberto, independente das delimitações políticas e ou geográficas. Sua única justificativa, no sentido abordado, é a com-munitas;

3 - coloca em questionamento a ideia de cidadania, já que esta, muitas vezes, se apresenta como excludente; por isso, o direito fraterno centra suas observações nos direitos humanos, na humanidade como um lugar comum. [...];

4 - um outro fundamento importante para o direito fraterno deriva deste terceiro ponto, onde se identifica o paradoxo da humanidade ou desumanidade da sociedade. Mais do que isto, Resta ressalta que existe uma grande distância entre ser homem e ter humanidade. Este aspecto aponta para a necessidade de uma análise antropológica dos deveres contidos na gramática dos direitos, porque os direitos humanos são o lugar da responsabilidade e não da delegação. Daí a ideia do cosmopolitismo discutida pelo autor;

5 - este fundamento é seguramente um dos aspectos mais fascinantes do direito fraterno: ele é um direito não violento, destitui o binômio amigo/inimigo. [...] Assim, a minimização da violência

³ Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

leva também a uma jurisdição mínima, a um conciliar conjunto, a um mediar com pressupostos de igualdade na diferença;

6 - o sexto pressuposto do direito fraterno é muito complexo, pois elimina algumas “seguranças”, alguns dogmas, algumas verdades [...];

7 - é um direito que pretende incluir, busca uma inclusão sem limitações. Neste aspecto, Resta questiona a propriedade privada de alguns (talvez muitos) bens comuns;

8 - é a aposta na diferença, com relação aos outros códigos já superados pela sua ineficácia, pois estes dizem sempre respeito ao binômio amigo-inimigo, enquanto o direito fraterno propõe a sua ruptura. (VIAL, 2006, p. 122-124)

Ao cabo da análise dos aludidos pressupostos, a autora arremata: “É um modelo de direito que abandona os confins fechados da cidadania e projeta para uma nova forma de cosmopolitismo, para uma nova forma de co-divisão, de compartilhamento” (VIAL, 2006, p. 124).

Destarte, o *direito fraterno* sustentado por Eligio Resta se mostra doutrina importante na luta pela implementação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, pois consiste em um modelo de direito que abandona os confins fechados da cidadania, permitindo vislumbrar novas formas de convivência, compartilhamentos, combate à exclusão, que pode ser aplicado para combater a exclusão das pessoas com deficiência.

3 DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PROTETIVA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Ato contínuo, parte-se, então, para a análise do arcabouço legislativo nacional dedicado à proteção das pessoas portadoras de deficiência física, na forma que segue.

Nesse desiderato, preliminarmente, constata-se a presença de proteção das pessoas com deficiência na leitura dos artigos 1º e 3º, da CF/88 (BRASIL, 1988), haja vista a valorização dos direitos fundamentais dispensada pela Constituição Federal na construção do Estado Democrático de Direito. Veja-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Um passo adiante, verifica-se que o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência, por meio do Decreto 6.949/2009 (BRASIL, 2009), conferindo *status* de Emenda Constitucional à aludida Convenção, eis que incorporada ao ordenamento constitucional nos termos do artigo 5º, § 3º, da CF/88 (BRASIL, 1988).

Cita-se a ementa do Decreto e seus considerandos:

Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008;

Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008.

Na mesma vertente constitucional, depara-se com o artigo 227 da CF/88 (BRASIL, 1988). Da leitura do aludido dispositivo constitucional, evidencia-se a preocupação do Poder Constituinte Originário e Reformador com a proteção das pessoas com deficiência. No parágrafo primeiro do dispositivo em testilha, resta asseverado que o “Estado promoverá programas de assistência integral à saúde” dos menores (crianças, adolescentes, jovens). Um pouco mais adiante, já no inciso dois do mencionado parágrafo, denota-se a obrigação estatal de criar “programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência”. Na mesma toada está o parágrafo segundo do aludido dispositivo constitucional, o qual reza que a “lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”.

Eis os dispositivos mencionados:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. *(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: *(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de defi-

ciência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (*Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010*)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. (BRASIL, 1988)

No plano infraconstitucional, localiza-se uma série de diplomas legais relativos ao tema, tais como a Lei 7.853/1989, Lei Integração Social da Pessoa Portadora de Necessidades Especiais (BRASIL, 1989); a Lei 10.098/2000, Lei da Promoção de Acessibilidade (BRASIL, 2000); Lei 10.048/2000, Lei do Atendimento Prioritário (BRASIL, 2000); e Lei 7.405/1985, Lei do Símbolo Internacional do Acesso (BRASIL, 1985), dentre outros.

Por último, importa recordar o recente advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (BRASIL, 2015), o mais novo regramento a respeito do tema, sobre o qual cabem alguns comentários.

Digno de nota, no ponto, é que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) trouxe procedimento mais dificultoso para o reconhecimento de possível incapacidade civil das pessoas com deficiência, prevalecendo a regra da capacidade plena da pessoa, a despeito de eventual descapacitação pessoal.

Inicialmente pende referir que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe algumas modificações, deveras significativas, no que diz respeito ao instituto da capacidade civil. Uma delas foi a revogação dos incisos do artigo 3º do Código Civil (BRASIL, 2002) e a alteração da redação da cabeça do artigo mencionado, alterações essas que permitiram considerar as pessoas portadoras de deficiências com capacidade civil plena, ou seja, em regra, capazes plenamente.

Assim, as causas mencionadas nos então vigentes incisos II (os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos) e III (os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade) não mais impõem a pecha de incapazes civis aos portadores de deficiência.

Gize-se que o conteúdo do então revogado inciso III (os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade) passou a integrar os casos de incapacidade relativa, nos termos do atual artigo 4º, III, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Dessa forma, apenas excepcionalmente, os indivíduos que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade poderão ser considerados relativamente incapazes, nos termos do artigo acima mencionado, demandando, para tal, do pertinente processo de interdição, ao cabo do qual o incapaz relativo será submetido ao instituto da curatela.

Vejam-se os artigos mencionados alhures em suas atuais redações (BRASIL, 2002):

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. *(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).*

I - (Revogado); *(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

II - (Revogado); *(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

III - (Revogado). *(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: *(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; *(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; *(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).*

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. *(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).*

Portanto, a pessoa com deficiência, em regra, é plenamente capaz para os autos da vida civil. Acaso a sua deficiência venha a embaraçar a sua possibilidade de praticar pessoalmente os atos da vida civil, em razão de causa transitória ou permanente que a impeça de exprimir sua vontade, é que poderá ter sua capacidade civil reduzida, no entanto, não absolutamente.

Nesse caso, tal pessoa será considerada apenas relativamente incapaz, tratamento menos gravoso que o anterior, quando pessoas nessas circunstâncias seriam consideradas absolutamente incapazes.

Mas a preocupação do legislador no trato da redução da capacidade da pessoa com deficiência não para por aí. Ressalte-se, ainda, que, para o reconhecimento da incapacidade relativa, é obrigatória a instauração de processo judicial, quando, então, o relativamente incapaz será submetido à curatela.

Nessa direção está o artigo 1.767, I, do CC (BRASIL, 2002):

Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (*Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015*) (Vigência).

E dentro desse processo judicial o magistrado deverá decidir a medida da redução da capacidade do cidadão, levando em consideração as peculiaridades pessoais de demandado, notadamente o estado e desenvolvimento mental, as características pessoais do interditando, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. É o que reza o artigo 755 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

Além disso, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência contempla, em seu âmago, a ideia de que a deficiência, por si só, não afeta a

capacidade civil de seus portadores, circunstância que vai ao encontro da ideia de reconhecimento e inclusão dessa fração da sociedade. Nesse sentido o artigo 6º da Lei 13.146/2015 (BRASIL, 2015):

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Desta maneira, resta evidenciado que o sistema legislativo pátrio é robusto no que toca à proteção das pessoas com deficiência, acolhendo, inclusive, convenção internacional sobre o tema, com *status* de emenda constitucional. Ou seja, evidencia-se que, ao menos em relação à edição de estatutos legislativos, o Brasil demonstra preocupação com as pessoas descapacitadas. Contudo, como se verá no próximo item, tal suporte legislativo não se apresenta eficiente.

4 DA INSUFICIÊNCIA DE AÇÕES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DIREITOS DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA PELO PODER PÚBLICO

No presente subtítulo será salientado que, não obstante o Brasil possuir sistema legislativo de considerável envergadura em relação à proteção das pessoas com deficiência, a proteção legislativa não apresenta efetividade, eis que as ações do Poder Público, voltadas à implementação desses direitos, demonstram-se insuficientes.

Inicialmente, releva notar que o último Censo Demográfico, realizado pelo IBGE, no ano de 2010, divulgado em 27 de abril de 2012, apontou que mais de 45,6 milhões de brasileiros declararam ter alguma deficiência (IBGE, 2012).

Segundo a análise econômica de Jefferson Mariano, publicada no sítio eletrônico *deficiencia.com.br*, o número de pessoas com deficiência no País é alto. Na aludida reportagem, o analista apontou a necessidade de adoção de políticas para incluir essa parcela da população no mercado de trabalho (DEFICIENTE FÍSICO).

Em razão disso, especialistas, organizações não governamentais e representantes da sociedade civil indicaram intenção de denunciar o Brasil junto à ONU, segundo notícia veiculada no sítio eletrônico da ONG UHELP (atualmente o endereço eletrônico da ONG é www.revistaincluir.com.br).

E, de fato, a denúncia acabou sendo ofertada junto ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, em desfavor do Brasil.

Segundo reportagem veiculada no dia 31 de agosto de 2015, no sítio eletrônico do deficiente físico (DEFICIENTE FÍSICO), da lavra de Vera Garcia, pedagoga e blogueira, reproduzindo notícia estampada no jornal O Estado de S. Paulo, o Brasil foi denunciado à ONU pelas pessoas indicadas pela ONG acima apontada, em razão de o governo brasileiro não estar garantindo acesso ao transporte, educação e saúde a milhões de pessoas com deficiência.

Desborda da notícia que um informe foi apresentado aos peritos da ONU, apontando que o deficiente brasileiro ainda enfrenta sérias dificuldades para ter acesso aos mesmos locais que o restante da população em razão de vários motivos, em especial por falta de infraestrutura adequada e por falta de treinamento de professores, motoristas e gestores.

A falta de acesso foi indicada como a maior barreira a ser superada pelo Brasil. Observou-se que a Lei 10.098/2000, Lei da Promoção de Acessibilidade (BRASIL, 2000) previa que até o ano de 2010 todo o transporte público deveria ser adaptado, obrigação que não se concretizou até então.

Ressaltou-se, ainda, que as adaptações para implementar a acessibilidade não foram levadas a efeito em relação aos metrô, trens e outros tipos de transporte.

A mesma desídia foi apontada em relação à implementação de medidas que permitissem acesso dos deficientes aos prédios públicos.

Mas não só em relação aos prédios públicos foi mencionada a não implementação das medidas de acesso. Segundo o documento, no setor privado, as construtoras também não têm observado as medidas de acessibilidade, quando da construção de apartamentos, bem como quando da construção de locais públicos, negligenciando a acessibilidade em banheiros e locais de circulação, em especial para os cadeirantes.

Em relação às escolas, o periódico apontou a ausência de assistência especializada como barreira ainda não superada. Cita-se, no ponto, a observação contida na reportagem (DEFICIENTE FÍSICO): “Em 2008, 93 mil estudantes com deficiência foram inscritos na rede pública. Em 2014, esse número caiu para 61 mil”.

Ao que parece, após o Brasil incorporar à sua Constituição a Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência, por meio do Decreto 6.949/2009 (BRASIL, 2009), o acesso das pessoas com deficiência às escolas piorou.

Pois bem, em razão da denúncia ofertada junto à ONU, no dia 04 de setembro de 2015, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU emitiu recomendações ao governo brasileiro, em relação às políticas inclusivas de pessoas com deficiência. Tais recomendações devem servir de base, nos anos vindouros, às ações do governo brasileiro, o qual deverá remeter àquele órgão novo relatório, informando os avanços no cumprimento dessas recomendações, as quais devem ser observadas até 01 de setembro de 2022 (ONUBR Nações Unidas - CRPD/C/BRA/CO/1).

Na oportunidade, o Comitê reconheceu a importância de o Brasil ter atribuído à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência equivalência de Emenda Constitucional, ao mesmo tempo que apontou preocupação com a falta de uma estratégia para implementar o modelo de direitos humanos da pessoa portadora de deficiência, estabelecido na Convenção, com vistas a harmonizar a legislação, políticas e programas do Estado brasileiro a esta última (ONUBR Nações Unidas - CRPD/C/BRA/CO/1).

A recomendação demonstrou inquietação acerca da ausência de adoção de um modelo de direitos humanos frente à deficiência, apontan-

do a necessidade de rever políticas e programas voltados aos direitos das pessoas com deficiência, tendo em vista que estes se apresentaram restritos ou denegatórios, bem como a revisão dos serviços e benefícios destinados às pessoas com deficiência, para evitar a segregação ou exclusão desse público (ONUBR Nações Unidas - CRPD/C/BRA/CO/1).

O Comitê demonstrou receio também com o fato de o Estatuto das Pessoas com Deficiência não estar cumprindo todas as obrigações do Estado em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instando o Brasil a tomar medidas imediatas para colocar o Estatuto das Pessoas com Deficiência em pleno alinhamento com a Convenção adotada (ONUBR Nações Unidas - CRPD/C/BRA/CO/1).

Outra aflição da Comissão diz respeito à falta de mecanismos em vigor para a participação das pessoas com deficiência, por meio das suas organizações representativas, nos processos de tomada de decisões relativas à implementação da Convenção. Além disso, o Comitê recomenda que o Estado brasileiro adote um mecanismo de consultas sistemáticas com as pessoas com deficiência, por meio de suas organizações representativas, sobre as políticas, programas e legislação relativas à implementação da Convenção (ONUBR Nações Unidas - CRPD/C/BRA/CO/1).

O Comitê também recomenda que o Brasil implemente, imediatamente, os resultados de todas as conferências nacionais sobre os direitos das pessoas com deficiência, incluindo as propostas da III Conferência Nacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ocorrida no ano de 2012, em Brasília/DF (ONUBR Nações Unidas - CRPD/C/BRA/CO/1).

Portanto, não resta dúvida de que as ações para a implementação direitos da pessoa portadora de deficiência, por parte do Poder Público, apresentam-se deveras insuficientes na atual quadra, não obstante, como se viu anteriormente, o Brasil possuir importantes e significativas normas legislativas protetivas em relação às pessoas com deficiência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo do presente artigo, evidencia-se que os objetivos a que se propôs o presente trabalho foram atingidos, uma vez que foi possível identificar que contribuições do *multiculturalismo* e do *direito fraterno* trazem uma melhor efetivação das normas protetivas das pessoas com deficiência. Para tal, indicou-se a importância do multiculturalismo

(pelo viés das minorias portadoras de deficiência) e do direito fraterno como matrizes teóricas para melhor efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência por parte do Poder Público. Após, discorreu-se sobre a legislação brasileira protetiva dos direitos das pessoas com deficiência, partindo de preceitos constitucionais, passando pela ratificação de convenção internacional de direitos humanos em relação ao tema e ingressando nos diplomas legislativos infraconstitucionais pertinentes. Por fim, demonstrou-se que o robusto suporte legislativo voltado à proteção das pessoas com deficiência não se mostrou eficaz na implementação desses direitos fundamentais, tanto que o Brasil foi denunciado à ONU.

Durante o desenrolar do trabalho, foi possível aferir a importância das matrizes teóricas do multiculturalismo (pelo viés das minorias portadoras de deficiência) e do direito fraterno, de Eligio Resta, na luta pela implementação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

O multiculturalismo trouxe elementos que permitiram aferir que as pessoas com deficiência compõem minoria colocada à margem da sociedade brasileira, apontando a necessidade de ações para a construção identitária dessa minoria, para o fim de obter reconhecimento a partir de suas individualidades, atribuindo-lhes capacidade de titularizar e adjudicar direitos, numa condição de igualdade dentro de uma sociedade plural, com observância ao direito à diferença e centrado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A metateoria do direito fraterno aponta a importância de colocar a fraternidade ao lado dos valores de liberdade e igualdade, no sentido de repropor condições de convivência melhor em uma sociedade contemporânea e plural, tendo como pano de fundo um conceito de amizade, com base no qual se construa um código fraterno, que retrate um direito não violento, longe do binômio amigo-inimigo, estabelecido entre partes iguais, a partir de regras mínimas de convivência. A ideia de fraternidade encontra eco, ainda, nos direitos humanos, sempre buscando a inclusão do outro.

No andar do presente artigo discorreu-se sobre a legislação brasileira protetiva dos direitos das pessoas com deficiência, ocasião em que foi possível verificar a existência de abundantes estatutos legislativos nacionais em vigor, fazendo-se referência a preceitos constitucionais, ratificação de convenção internacional de direitos humanos e diplomas legislativos infraconstitucionais a contemplar o tema.

No entanto, demonstrou-se a insuficiência de ações para a implementação desses direitos pelo Poder Público, na busca de efetiva implementação desses direitos fundamentais. A insuficiência de ação nesse sentido redundou, inclusive, na denúncia do Brasil junto ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. Em razão da aludida denúncia, em 04 de setembro de 2015, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU emitiu recomendações ao governo brasileiro em relação às políticas inclusivas de pessoas com deficiência, as quais deverão ser observadas até 01 de setembro de 2022.

Para superar a dificuldade de implementação e efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, o multiculturalismo e a fraternidade se mostram matrizes teóricas importantes.

Os elementos e os valores trazidos pelo multiculturalismo e pela fraternidade, se introjetados na sociedade brasileira, permitiram superar o impasse que restou aferido, no sentido de que, embora o Brasil possua robusto suporte legislativo protetivo das pessoas com deficiência, não consegue efetivá-lo na prática.

No momento em que a sociedade brasileira reconhecer que as pessoas com deficiência compõem uma minoria, que estão à margem da sociedade, que há necessidade reconhecer esse público a partir de suas individualidades, garantindo-lhes a adjudicação de direitos, condições de igualdade e dignidade, as disposições legais contidas nas legislações poderão ser melhor efetivadas na prática.

O mesmo raciocínio se aplica à fraternidade. Se a sociedade brasileira conseguir internalizar a importância da fraternidade para a construção de um direito não violento, estabelecido entre partes iguais, a partir de regras mínimas de convivência, observando os direitos humanos e buscando inclusão do outro, as normas protetivas das pessoas com deficiência obterão uma efetividade melhor que a atual.

As leis e os decretos protetivos têm por objeto apenas os dogmas de liberdade e igualdade, conforme se vê da análise dos direitos políticos e sociais. Está faltando a fraternidade como elemento complementar dessas leis e decretos. A fraternidade não pode ser decretada, mas apenas vivenciada e exercitada no seio social. Assim, é possível perceber que o direito fraterno seria útil na melhora da implementação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Importa notar, ainda, que o direito fraterno se encontra estampado como objetivos fundamentais em nossa Constituição Federal, notadamente no artigo 3º, I, da CF/88, o qual reza que, dentro tais objetivos fundamentais, está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Falta exercitá-lo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Lei 7.405/1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7405.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Lei 7.853/1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Lei 10.048/2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10048.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Lei 10.098/2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. *Lei 10.406/2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. *Lei 13.105/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Palácio do Planalto. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

DEFICIENTE EFICIENTE. Site oficial. Disponível em: <www.deficienteciente.com.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

DEL PRIORE, Mary. *Multiculturalismo: ou de como viver junto?* Disponível em: <<http://cdnbi.tvescola.org.br>>. Acesso em: 02 out. 2015.

IBGE. Site oficial. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2015.

MADERS, Angelita Maria; LOCATELLI, Liliana; ANGELIN, Rosângela. *Multiculturalismo e direito*. Santo Ângelo: FURI, 2012.

ONU. Site oficial. Disponível em: <www.nacoesunidas.org>. Acesso em: 20 out. 2015.

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

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Biblioteca Digital Jurídica*. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

UHELP CROWD FUNDING CAMPAIGN. *Site oficial*. Disponível em: <www.uhelp.com>. Acesso em: 20 out. 2015.

VIAL, Sandra Regina Martini. O direito fraterno na sociedade cosmopolita. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

O CONFLITO SOCIAL, A CRISE DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA E AS NOVAS PERSPECTIVAS DIANTE DO DIREITO FRATERNO

CRISTIANE DE LIMA GEIST¹

1 INTRODUÇÃO

O ser humano é resultado de suas interações históricas com os costumes, os lugares, os momentos vividos, os encontros e desencontros. Assim, a sociedade é formada por pessoas com diferentes culturas. Diante dessa diversidade, foram constituídas as relações familiares no trabalho, na escola, na comunidade, enfim, em todos os segmentos da sociedade. A partir dessa realidade e da interação social e cultural, alguns conflitos surgem, pois é inerente ao ser humano que haja conflitos na sua convivência com o outro.

Além disso, as pessoas constituíram-se em grupos afins, com propósitos iguais, na busca da efetivação de seus direitos, e o Estado, que criou diversos direitos e garantias para a população, se vê com dificuldades para efetivá-los. Essa realidade implica também conflitos, pois há a tentativa de garantir direitos sociais conquistados, mas existe o exaurimento do Estado, e conseqüentemente aumentam as demandas sociais. Com o intuito de administrar esses conflitos encontra-se o Poder Judiciário.

O cidadão começa a perceber no Poder Judiciário o meio para ver seus direitos efetivados, e acaba por haver uma explosão de demandas em

¹ Mestranda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - *Campus* de Santo Ângelo (RS). Especialista em Docência na Educação Profissional Técnica e Tecnológica pelo Instituto Federal Farroupilha - *Campus* Alegrete (RS). Auditora do Instituto Federal Farroupilha. Membro do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq: Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas. E-mail: cristiane.geist@iffarroupilha.edu.br

decorrência da chamada cultura do litígio judicial, ou seja, levar os conflitos até o Judiciário para que ele então dê a última palavra. Essa ascensão do Judiciário acarretou numa judicialização das relações políticas e sociais, tendo em vista que a sociedade depositou esperança no Judiciário para a resolução de seus problemas, até pelo fato dos diversos acontecimentos que a sociedade e o sistema jurídico continuam enfrentando.

Diante de tais dificuldades, algumas medidas e leis foram editadas de modo a auxiliar o Poder Judiciário, as pessoas e a sociedade para uma resolução mais satisfatória de suas demandas. Surgem, então, os meios consensuais de resolução dos conflitos: a mediação, a conciliação e a negociação.

O objetivo deste artigo, portanto, é verificar quais as consequências advindas com a utilização de meios consensuais de resolução diante da crise do Poder Judiciário. E o caminho que se pretende percorrer é analisando o conflito e as relações conflitivas na sociedade, as consequências da busca pela efetivação dos direitos, a crise do Poder Judiciário e as possibilidades que se apresentam para o cidadão na solução de seus litígios, bem como outras formas de gerir os conflitos mediante a convivência dos indivíduos na sociedade. A análise também procura verificar quais outras formas poderiam contribuir na gestão dos conflitos, tendo em vista a concepção de fraternidade e solidariedade.

2 O CONFLITO E AS RELAÇÕES CONFLITIVAS NA SOCIEDADE

O ser humano se depara diariamente com fragilidades, medos, angústias, realizações, encontros com culturas diferentes. A partir desses sentimentos podem surgir os conflitos, e muitas vezes não se tem ideia da dimensão que há nisso tudo, pois as pessoas litigam uns com os outros sem entender ao menos o que realmente está acontecendo em suas relações. Como bem lembra Resta (2004, p. 101), “sabemos, então, muito dos remédios, mas o mundo dos conflitos continua sempre por muitos ignorado”. Portanto, essencial se faz tal entendimento.

O conflito é definido de forma objetiva e abrangente por Freund:

El conflicto consiste en un enfrentamiento por choque intencional, entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan,

los unos respecto a los otros, una intención hostil, en general a propósito de un derecho, y que, para mantener, afirmar o reestablecer 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. (FREUND, 1995, p. 58)

Para o autor, o conflito é consequência do desejo subjetivo das pessoas, grupos ou coletividades, que tratam de romper a resistência que o outro impõe às suas intenções ou a seus projetos, e tem como centro o direito e a violência. A violência que emerge do conflito faz com que se utilize aparatos do Estado para reprimir desordens causadas pelos conflitos.

Os conflitos, de modo geral, são associados a frustrações de interesses, necessidades e desejos, que podem, ou não, levar o sujeito a algum tipo de reação, evidenciando que os conflitos encerram em si uma dimensão cognitiva e outra afetiva, tanto nos de ordem intrapessoal, quanto naqueles interpessoais. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 40)

Muitas vezes o indivíduo cria conflitos motivados por suas inseguranças e medos. Portanto, as relações conflitivas na sociedade são geradas na interação entre os seres humanos, e até mesmo a conquista de direitos e a constituição das relações sociais costumam ser fatores importantes na geração dos conflitos. Inclusive Freund entende que o direito alimenta o conflito, pois há conflitos que nascem por carência de uma legislação, outros pela impotência do direito. O direito limita a violência e os conflitos. O conflito é uma transgressão do direito, não é uma negação do direito. Desenvolve-se por oposição às leis para reivindicar o direito, ou se fundamenta na lei para combater a violência do Estado (FREUND, 1995, p. 275-282).

No entanto, para Freud, direito e violência têm sentido oposto, apesar de um ter se desenvolvido do outro. Explica que primeiramente era a superioridade da força muscular que decidia, substituída posteriormente pelo uso das armas, dando início à superioridade intelectual, e tanto uma quanto a outra dominação era de quem tinha maior poder. No entanto, percebeu-se que a força conjunta de vários indivíduos poderia se contrapor àquela de um só indivíduo – cria-se então a lei, mediante a união duradoura e estável da comunidade, todavia ela ainda representa violência.

Ocorre que há forças desiguais dentro da comunidade que acabam por exprimir graus desiguais de poder e de atendimento aos direitos, e a partir disso inicia pressão para obter justiça igualitária a todos. Portanto, os conflitos de interesse ou de opinião são resolvidos pelo uso da violência. Para Freud, o problema da guerra não deve ser relegado à sua regulamentação jurídica (EINSTEIN; FREUD, 2005, p. 29-34).

Pelo fato de que os conflitos são gerados por diversos motivos, nem todos estão descritos nas normas, inclusive Freund relata que do ponto de vista sociológico os conflitos podem se dividir em dois tipos: a luta que abrange as questões de violência direta e aquelas com objetivos de longo prazo, sendo que o combate é submetido a regras e condições mais ou menos precisas. Assim, as autoridades são encarregadas de fazer respeitar as leis pelo fato de que a política cumpre seu papel de proteção quando regulamenta os conflitos por convenções e leis. Ocorre que com o surgimento do Estado moderno houve a transferência do monopólio do uso legítimo da violência aos Poderes Públicos, ou seja, não ocorreu a extinção da violência, mas a “suspensão em nível de poder” (FREUND, 1995, p. 63-70).

A violência pode gerar mais conflitos, o que conseqüentemente cria a guerra. Resta (2004, p. 39-41) entende que a guerra envolve todos. Ela impõe ação compartilhada entre atores com papéis ambíguos; os amigos, os inimigos e os terceiros. A rivalidade e a inimizade estão dentro de cada indivíduo, ou seja, na humanidade se encontram as ambivalências amor e ódio, solidariedade e prepotência, amizade e inimizade. No entendimento do autor, as pessoas se motivam a matar ou morrer pela dimensão material e pela consciência do ódio. O ódio vai sendo canalizado contra um imaginário inimigo interno, sob a forma de minorias raciais e de opositores, e, atualmente também dos diferentes. Nas guerras civis há uma hostilidade com o outro que compartilha mesma cidadania, modelo irmão inimigo (RESTA, 2004, p. 57-58).

Freud alerta que por sermos pacifistas nos revoltamos contra a guerra, pois fomos “moldados” a agir dessa forma pela evolução cultural pela qual passamos. Ao internalizar os impulsos agressivos, o intelecto começa a governar o instinto, e, portanto, os fatores que estimulam o crescimento da civilização trabalham contra a guerra (EINSTEIN e FREUD, 2005, p. 44-45). De acordo com Resta (2004, p. 69-74), o pacifismo aposta na paz sem imperativos nem sanções; assume para

si os riscos da não violência em um mundo violento, e no engano da violência operado pelos parlamentos modernos: substituem as armas pelas palavras e o voto, portanto, somente com a consciência da própria violência se pode compreender a violência do outro e abrir possibilidades de reduzi-la.

No entanto, Freund (1995, p. 287-300) lembra que a opinião pública considera a paz a ausência da guerra. Para o autor, os humanos sempre desejaram a paz, no entanto sempre fizeram guerra. Empiricamente, a paz está ligada ao conflito e se estabelece entre inimigos. No entender do autor, a sociedade vive em momentos de paz e de guerra, passando de um estágio a outro com todo vigor, pois a paz universal não se deixa institucionalizar totalmente: *“Las sociedades históricas han pasado y pasan sin cesar de la una a la otra y a veces con el mismo entusiasmo”* (p. 290). Para Freund (1995) são os tribunais que dita a paz, determinam qual das partes tem razão. Inclusive para ele a segurança é uma característica da paz, e autoridade é essencial na repressão da violência, e o deslocamento das formas institucionais, sendo sua má reputação umas das causas da conflituosidade na sociedade.

Nesse sentido, Resta (2004, p. 104) adverte: “[...] os conflitos aumentam progressivamente e se atribui tudo isso à ineficiência decorrente da falta de recursos; pedem-se, assim, aumentos consistentes de recursos, pensando que assim os conflitos podem ser diminuídos”. “O remédio reage sobre o remédio, mas não tem nenhuma direta incidência sobre as causas, dimensões, efeitos da litigiosidade que determinam os conflitos” (RESTA, 2004, p. 105). Assim “o circuito *conflito/remédio* é aquele no qual mais empenhado se torna o reequilíbrio ecológico” (RESTA, 2004, p. 102. Grifo do autor:). O modo pelo qual as pessoas conflitam depende da maneira pela qual existem saídas para o conflito, ou somente em parte as saídas para o conflito dependem do modo pelo qual conflitam, por isso os remédios são dispostos conforme essa mensuração.

Freund (1995, p. 207-216) alerta que, quando se acaba uma guerra ou um conflito, as dificuldades que os ensejaram podem não ter sido resolvidas, pois os conflitos podem acabar de maneira muito diversa. O autor cita os desenlaces amorfos em que os objetivos do conflito são divididos. No primeiro, a sociedade utiliza um terceiro mediador para tentar dissolver os impulsos passionais; na segunda forma, quando as partes entram no conflito com pouca intensidade; e na terceira, a luta/antagonismo de classes.

Os conflitos aparecem também quando estamos em meio ao desenvolvimento de papéis sociais, conforme explica Dahrendorf (1991, p. 54): “[...] papéis sociais significam reivindicações da sociedade aos portadores de posições”, ou seja, o comportamento esperado do indivíduo. Para o autor, o homem confronta-se com o que ele denomina de “fato irritante”, isto é, a sociedade cria modelos de comportamento e atributos a serem seguidos. Diante disso, entre o indivíduo e a sociedade encontra-se o *Homo sociologicus*, aquele que é portador de papéis sociais. Além disso, os papéis sociais envolvem expectativas, ou seja, o que se espera daquele determinado papel social; se for descumprido, a consequência é a punição; ou haverá uma recompensa se o indivíduo fizer algo mais do que se esperava dele.

Como lembra Dahrendorf (1991, p. 73), “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”. Os processos sociais encontram-se estáveis quando ocorre concordância entre papéis e normas, e onde não houver essa aceitação encontramos os conflitos, que podem surgir quando são atribuídos vários papéis com expectativas contraditórias. Os conflitos acontecem quando as pessoas acumulam diversos papéis, e são lhes exigidos determinados atributos e formas de comportamento, como, por exemplo, o que aconteceu após o deslocamento do local de produção da casa para a fábrica, que ocasionou a divisão dos papéis familiares e profissionais, gerando conflito nessas duas esferas. Entretanto, lembra o autor que o homem sem os papéis sociais encontraria dificuldades em encontrar modelos para seu comportamento, passando a ser inexistente para a sociedade, pois o indivíduo deve ser socializado para ser considerado membro dela.

Portanto, os conflitos sempre existiram, como destaca Freud: “[...] um rápido olhar pela história da raça humana revela uma série infundável 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). Os conflitos fazem parte da evolução humana e da constituição da sociedade, e são originados por diversos fatores, os quais se alteram com o passar do tempo, tendo em vista as transformações da sociedade.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES POLÍTICAS E SOCIAIS E A CRISE DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

A partir do início do século XXI, a doutrina passa a desenvolver uma nova perspectiva sobre o constitucionalismo, denominado de neoconstitucionalismo. Este novo paradigma surgiu decorrente de diversos fenômenos, dentre eles: “judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário” (SARMENTO, 2016, p. 1-2). Portanto, entre os marcos importantes do neoconstitucionalismo pode-se destacar a ascensão do Poder Judiciário.

De acordo com Barroso (2016, p. 44-45), o marco histórico no Brasil ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, possuindo como enfoque a redemocratização e o Estado Democrático de Direito. Além dessas mudanças, alguns fenômenos levaram a uma verdadeira judicialização das relações políticas e sociais. As pessoas redescobriram a cidadania, tomaram consciência dos seus direitos, houve a criação de novos direitos e novas ações, e o aumento da legitimidade ativa, o que levou então juízes e tribunais a desempenharem um papel político, acarretando a ascensão do Poder Judiciário. Os tribunais são vistos como instância decisória final nas questões políticas e sociais, pelo fato de que têm decidido nos últimos anos sobre políticas públicas, direitos fundamentais, relações entre Poderes, e inclusive questões rotineiras das pessoas.

Para Sarmento (2016, p. 23-24), o fenômeno principal é “a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos”. Alerta, também, que o que tem contribuído para este entendimento são os escândalos e o discurso da mídia no sentido de que a política é movida por interesses, o que acaba criando expectativa no Judiciário para a solução dos problemas, e a consequente valorização do Poder Judiciário, principalmente os tribunais, pelo fato da exposição dos julgados e das manifestações dos seus membros, que leva as discussões das questões de interesse da sociedade ao espaço público.

A judicialização das relações também pode ser destacada mediante o entendimento de Dahrendorf (1991, p. 59): “[...] em termos amplos o sistema judiciário, no qual funcionam indivíduos enquanto portado-

res de posições, pode ser entendido ao modo de agregado de sanções, com cujo auxílio a sociedade garante a manutenção das expectativas de papéis sociais.”. O poder da lei e das instituições jurídicas é responsável pela manutenção das expectativas dos papéis sociais desempenhadas pelos indivíduos, cujo âmbito do comportamento regulado tem aumentado no decorrer do desenvolvimento social, até porque, entende o autor que direito e lei acompanham o indivíduo na maioria dos papéis sociais. Portanto, as relações advindas mediante o desempenho de papéis sociais também são reguladas e levadas ao Judiciário quando houver o descumprimento dos atributos especificados a cada papel social.

Verifica-se que as demandas levadas ao Judiciário possuem motivos diversos, e muitas vezes o motivo é a outra parte, conforme ensina Resta (2004, p. 112-113): “[...] a verdadeira razão do conflito judiciário não é um direito controverso, mas é simplesmente a ‘contraparte’, como se diz na linguagem do processo. [...] melancolicamente, a teoria sugere que somos adultos quando ‘litigamos bem’”. Aqui novamente se vislumbra a cultura do litígio. Assim, da mesma forma como Freud e Einstein (2005) descrevem que um dos motivos para a guerra era a busca da paz, o cidadão transfere ao Judiciário a regulação dos conflitos e espera que este terceiro resolva os litígios e traga segurança ao encerrar as contendas ao dizer quem tem mais direitos, razão, ou quem é o vencedor daquela luta.

Resta (2004, p. 97-98) entende que o Judiciário é chamado para decidir tudo, possuindo parcelas de irresponsabilidade, e relata os perfis dessa anomalia: “a) o caráter onívoro da jurisdição, b) a inflação da litigiosidade, c) a redundância da cultura dos remédios, d) o caráter monopolista da jurisdição, e) uma confusa relação entre Estado, esfera pública, jurisdição.”. Além disso, alerta o autor que, em razão da monopolização do Estado, os juízes são vistos como categoria de profissionais aptos para as decisões.

Ocorreu, então, uma oferta monopolista de justiça que foi incorporada ao sistema de jurisdição destinado a resolver a conflitualidade cada vez mais crescente (RESTA, 2004, p. 99). Atualmente, essa conflitualidade é denominada de explosão da litigiosidade, a qual tem muitas causas e ocorre em relação à quantidade e à qualidade das demandas que chegam ao Judiciário, principalmente em razão da existência de uma cultura do litígio. O autor entende que não foram verificadas as

causas do crescimento dos conflitos, pelo fato de que a estrutura jurídico-política sempre observou os remédios, deixando de lado as análises mais incisivas da litigiosidade, a qual é traduzida nos processos judiciais que aumentam diariamente.

Além disso, partindo da racionalidade weberiana, ao deter a forma de poder legal, o Estado também detém o monopólio legítimo da decisão vinculante, permanecendo a centralidade na jurisdição, do qual se espera então, a decisão final (RESTA, 2004, p. 86-87). A origem dessa centralidade é descrita pelo autor: “O que seja o ‘lugar’ do juiz entre os conflitantes é uma questão complicada. Não se deixa encerrar na fácil fórmula da lei que assegura ‘distância de segurança’ das razões de um e do outro. Vive no conflito e do conflito que ele decide, pronunciando a última palavra” (p. 96-97). Entretanto, acaba não cumprindo ao que se propôs.

Outro fator que contribuiu para a crise do Judiciário é a questão da linguagem. O juiz como dono da linguagem, pois ele tem o poder de decidir, então ele tem o poder de governar a linguagem, suas palavras têm nível de hierarquia. Consequência disso é a centralidade no juiz (RESTA, 2004, p. 92-96). Também há situações em que as pessoas se veem em conflitos intermináveis, no sentido de que um conflito pode ser mal resolvido e continuar de outra forma ou aspecto, ou as pessoas não conseguem conviver com os conflitos.

[...] o papel do juiz é o de “dizer a última palavra sobre os conflitos” e não o de representar sabe-se lá que virtude clássica. Acrescentava eu que a sociedade não suporta a maldosa infinidade dos litígios e, por isso, delegou ao juiz o poder de interromper o circuito destrutivo dos litígios: na notável expressão de Anaximandro, o direito é contabilidade, e o juiz nada mais faz do que aplicar-lhe as regras. (RESTA, 2004, p. 17)

Assim, foi atribuída competência ao juiz para dizer a última palavra, e para decidir ou resolver definitivamente os conflitos em cada demanda, pois a má infinidade das lides não seria suportada pelo sistema social. No entanto, a centralidade no Judiciário, um dos princípios do neoconstitucionalismo, e a ideia de que os juízes podem ser a alternativa para a solução dos problemas são criticadas no sentido de que o Judiciário enfrenta vários problemas que dificultam sua atuação.

Esta idealização da figura do juiz não se compadece com algumas notórias deficiências que o Judiciário brasileiro enfrenta. Dentre elas, pode-se destacar a sobrecarga de trabalho, que compromete a capacidade dos magistrados de dedicarem a cada processo o tempo e a energia necessárias para que façam tudo que o que demandam as principais teorias da argumentação defendidas pelo neoconstitucionalismo. E cabe referir também às lacunas na formação do magistrado brasileiro, decorrentes sobretudo das falhas de um ensino jurídico formalista e nada interdisciplinar que ainda viceja no país, que não são corrigidas nos procedimentos de seleção e treinamento dos juízes. (SARMENTO, 2016, p. 29)

O autor entende que é importante a atuação do Judiciário, principalmente em relação aos direitos humanos, no entanto, em determinadas áreas em que há necessidade de uma especialização ou conhecimento técnico, cabe ao Judiciário reconhecer que outros órgãos têm maior habilidade para a realização dos ditames constitucionais. Assim, conclui o autor: “[...] o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória.” (SARMENTO, 2016, p. 32). Além disso, o cidadão não percebe que ao deixar o Judiciário como exclusivo nessa solução de contendas, acaba ignorando que o tratamento democrático é justamente o contrário, é se abrir para novos caminhos. Os indivíduos esquecem que o conflito, como já analisado anteriormente, é algo complexo, que envolve diversos fatores, necessitando entendimento sobre a sua verdadeira causa.

Conforme analisado, houve uma valorização do Poder Judiciário, no entanto ele não está conseguindo atender às novas demandas, pois convive com inúmeras dificuldades. Nesse cenário, são criadas leis que tentam amenizar os problemas do sistema judiciário brasileiro.

4 MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A SOLUÇÃO PARA A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO?

Diante de problemas que foram surgindo conforme acima analisado, algumas mudanças se fizeram necessárias. Com este enfoque, Spengler (2010, p. 94) adverte: “[...] o Estado, ente que reivindicava

para si os meios de coerção oficiais de determinado território, agora encontra dificuldades de ‘ordenar’, ou seja, produzir ordem”. O Estado não atendendo aos direitos fundamentais do cidadão acaba por perder espaço para as ações que abrangem as necessidades da população. Ocorreram, então, alterações legislativas e práticas institucionais. Em 17 março de 2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil². Também foi promulgada a Lei 13.140/2015, que trata sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos na administração pública. Assim, a partir de 2015, está garantida a autorização legislativa para soluções consensuais de resolução de conflitos, e seus novos direcionamentos. Diante dessas alterações na legislação, necessário se faz verificar qual o objetivo dessas medidas.

Segundo Spengler (2010), as novas formas de composição de conflitos sem intervenção do Judiciário tiveram origem nos Estados Unidos, com o nome de *Altenartive Dispute Resolution* (ADR), que significa Resolução Alternativa de Disputas. As técnicas são a negociação, a conciliação e a mediação. A autora comenta que a arbitragem ocorre quando as partes elegem um árbitro, o qual terá poder de decisão. Na conciliação, o conciliador auxiliará as partes a chegarem a um acordo, interferindo, sugerindo e aconselhando, para resolver o conflito. Já na mediação, o terceiro irá auxiliar na comunicação entre as partes para que elas, de forma voluntária, encontrem uma solução satisfatória para as partes, respeitando o espaço do outro. Segundo a autora, essas práticas possuem muitos benefícios, e como principal deles a qualidade no tratamento dos conflitos.

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. (SALES, 2007, p. 23)

² O artigo 2º descreve as formas consensuais de solução de conflitos, e salienta que os sujeitos do processo judicial devem estimular a conciliação, a mediação e outras formas de solução consensual de conflitos.

Assim, percebe-se que a mediação pretende abrir canais de comunicação. É uma nova forma de olhar os problemas contidos no litígio, e esse olhar é efetuado pelas próprias partes, que têm o poder de decisão na solução do conflito, mediante o facilitador da comunicação, que é o mediador. Nesse sentido, Resta (2004, p. 126) explica que a mediação deve fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de retomar a comunicação. “[...] ela não deve concluir nem decidir nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomençar a comunicação” (RESTA, 2004, p. 129-130). Para o autor, a mediação representa contextos, interpreta textos e traduz significados, e em muitos países ocidentais a mediação cultural já faz parte dos instrumentos de realização da cidadania (p. 130-131). Inclusive, conforme alguns autores, a mediação vem sendo utilizada já há algum tempo, em diversas áreas, dentre elas a trabalhista, construção civil, direito de família e reclamações de seguro (COOLEY, 2001).

Essas alterações visam também transformar a cultura do litígio judicial que se formou no decorrer do tempo:

[...] a política pública que institui a mediação e a conciliação como meios alternativos de tratamento dos conflitos, no âmbito do Poder Judiciário e sob a fiscalização deste, pretende, dentre outras coisas, construir outra mentalidade junto aos juristas brasileiros, cujo escopo principal seja a pacificação social, abandonando a cultura do litígio. (SPENGLER, 2016, p. 71)

A mudança de cultura é um dos objetivos dos meios de resolução de conflitos. Aliás, a pacificação social procura tratar os conflitos de forma que as pessoas consigam conviver em sociedade, inclusive Gaglietti e Costa (2013, p. 246) salientam: “[...] assim, seria prudente adotar uma postura transformadora na gestão do conflito, distanciando-se, em certa medida, da construção de acordos como propósito primeiro e privilegiando a transformação do conflito: de postura adversarial a um procedimento colaborativo”. Consequência disso é a não criação de litígios e que eles não sejam levados sempre ao Judiciário para sua resolução.

A principal vantagem nesse momento é a reeducação dos conflitantes, dando a eles a noção de que podem (e devem!) tratar seus conflitos de maneira direta e pacífica, sem a intervenção do

Estado, ultrapassando o paradigma da sentença para implementar, e consolidar o paradigma do consenso e da efetiva pacificação social. (SPENGLER, 2016, p. 73)

Com tal entendimento, e trazendo a questão de quem pode ser mediador, Resta (2004, p. 126-127) explica que, para ser mediador, é importante que a sua cultura seja a mesma dos conflitantes, e tenha de certa forma envolvimento com o conflito. Para o autor, mediador é meio para a pacificação, remédio para o conflito, pois está entre os conflitantes. Assim, percebe-se que o autor relata sobre o que atualmente é denominado de mediação comunitária, em que o mediador é membro da comunidade, e preza pelo consenso entre cidadãos que convivem entre si.

Aliás, Spengler (2016, p. 70) assim defende que, “em se tratando de solucionar conflitos sociais, as políticas públicas podem ocorrer paralelas ao Poder Judiciário, ou serem anteriores ao processo judicial.” Tanto numa forma quanto em outra, os meios de resolução consensual de conflitos foram criados com o objetivo de desafogar o Poder Judiciário, no entanto, não deve ser este o objetivo principal. Nesse entender, Resta (2004, p. 103) diz que, “aquilo que emerge é a tentativa constante do nosso sistema institucional de redefinir o círculo conflito-remédio não através de ingênuas renúncias ao sistema judiciário, mas através de uma redefinição dos seus confins”. Portanto, os meios de resolução de conflitos não devem ser vistos exclusivamente como remédios para a crise do Poder Judiciário.

Por conseguinte, a mediação e a conciliação enquanto políticas públicas são alternativas que pretendem mais do que simplesmente desafogar o Judiciário, diminuindo o número de demandas que a ele são direcionadas. O que se espera delas é uma forma de tratamento dos conflitos mais adequada, em termos qualitativos.

[...] Por isso, a mediação e a conciliação não podem ser vistas apenas como meios de gerar celeridade processual. Essa poderá ser uma das suas consequências, mas sua função primordial é dar autonomia aos conflitantes para decidir seus conflitos responsabilizando-os por suas escolhas. Em se tratando de “desafogar o Judiciário”, talvez o principal ganho a partir da conciliação/mediação seja a prevenção de novos conflitos que se dará pelo tratamento adequado do litígio atual, evitando que este retorne ao

Judiciário ou à Central de Mediação na forma de um novo conflito.
(SPENGLER, 2016, p. 70-71)

Assim, a redução do volume dos processos judiciais será consequência da busca de um resultado que satisfaça aos interesses dos conflitantes, preservando o relacionamento anterior e as futuras relações. Suas principais metas devem ser a qualidade na resolução dos conflitos, auxiliando os litigantes na sua convivência e integração, e a proteção dos direitos do cidadão.

Resta (2004, p. 117-119) alerta que o sistema judiciário não tem mais capacidade de autorregular-se e de regular a própria função decisória, por isso fala-se em resolução e disputa alternativa em que se restitui ao sistema social o problema do conflito, tendo como exemplo a justiça restaurativa. Essa autorregulamentação dos conflitos por parte do sistema social traz uma redefinição do modelo do terceiro, e uma redefinição do modelo remédio-conflito, e as resoluções alternativas fazem com que se reconheça o papel não exclusivo da jurisdição. Assim, se faz necessária a avaliação de outros mecanismos de resolução ou tratamento de conflitos enquanto lugar de efetivação da democracia, tendo em vista, inclusive, que muitas vezes os conflitos levados ao Judiciário são apenas aparentes, o verdadeiro conflito não é revelado:

É importante referir que a oralidade é um princípio atrelado ao da informalidade, no qual as pessoas têm a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem, visando a encontrar a melhor solução para eles. Inúmeras vezes pessoas que possuem convivência cotidiana (ou interesses ligados a relações continuadas – tais como vizinhança, família, emprego, etc.) se entram em discordância por um motivo qualquer. Este é o caso das relações continuadas, nas quais a *question* que seria debatida na corte tradicional é uma, porém, o verdadeiro conflito pode ser outro. (SPENGLER, 2016, p. 108. Grifo do autor)

Em razão dessa realidade, não é possível dizer que cabe a decisão exclusiva ao Estado, até porque, quando se litiga judicialmente, pede-se uma solução ao juiz mediante as disposições da legislação, mas não é solicitado a ele que desenvolva a tarefa de criar estruturas de convivência. No entanto, o Judiciário acaba absorvendo também essa competên-

cia, e as consequências dessa inadequação são fortemente percebidas. Diante dessa realidade, Resta (2004, p. 17) entende que a política do Direito deve se voltar para a jurisdição mínima, contra uma jurisdição ineficaz, reconsiderando a relação entre justiça e sociedade (problemas e remédios a partir da construção conjunta), proporcionando relativização da justiça.

A existência de maneiras não jurisdicionais de solução de conflitos além das formas jurisdicionais tradicionais não significa que se está negando o valor do Poder Judiciário, pelo contrário, ele é essencial nas contendas, entretanto, persiste imprescindível o encontro de novas maneiras de tratamento dos conflitos, em que a possível solução seja convencionada entre os conflitantes. Nesse sentido, alertam Hale, Pinho e Cabral (2016, p. 72): “[...] a jurisdição é indispensável ao Estado Democrático de Direito e segue sendo o centro da realização da justiça para o cidadão”. Destacam, além disso, as outras formas de resolução ou tratamento dos conflitos, com um sistema social e jurídico aberto às transformações, as quais são essenciais para o desenvolvimento de um sistema jurídico adequado às demandas da sociedade. Aliás, os movimentos do neoconstitucionalismo e as alterações legislativas ocorridas nos últimos anos revelam que se está em plena evolução, em busca de uma melhor adequação das relações humanas e sociais.

Portanto, os meios consensuais de resolução de conflitos não devem ser vistos como remédio aos problemas do Poder Judiciário. A crise do Judiciário poderá ser amenizada através dos resultados obtidos com o tratamento dos conflitos, ou seja, será consequência da utilização dos meios e não objetivo principal de tais medidas.

Além disso, outras mudanças precisam ocorrer, mudança de cultura, de comportamento e de entendimento da sociedade e das relações humanas, para que o conflito seja meio de transformação social.

4.1 POR UMA GESTÃO DOS CONFLITOS E UMA SOCIEDADE MAIS FRATERNA

Como já mencionado anteriormente neste artigo, o conflito é inerente ao ser humano, mas é necessário que o sistema (direito, juiz e sociedade) compreenda o conflito:

Para recomençar, é preciso uma reconsideração ecológica da relação entre justiça e sociedade, que leve em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam, juntos, os problemas e os remédios: retorna-se, então, ao ponto de partida, com uma boa dose de relativização do juiz e da justiça. Sabe-se que 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 que este sistema é por definição o mais justo ou o mais racional. (RESTA, 2004, p. 100)

Por isso, a proposta de alguns autores é no sentido de que deve haver o tratamento dos conflitos, ou seja, a possibilidade de as próprias pessoas conversarem e chegarem a um entendimento, pois os conflitos sempre existirão, não há um término quando se trata de relações humanas e sociais, mas é imprescindível saber conviver com eles.

O tratamento de conflitos na fase pré-processual torna-se vantajoso, uma vez que, na maioria das vezes, antes do ajuizamento da ação, os ânimos estão mais acomodados, facilitando a comunicação mediada e um possível acordo anterior à instauração da lide. Além disso, se possível o consenso entre os conflitantes (seja pela reconciliação, seja pelo acordo), um processo judicial pode ser evitado, ocorrendo, aqui sim, a diminuição do consenso judicial e a celeridade na resposta. (SPENGLER, 2016, p. 85)

Culturalmente, o conflito está associado à noção de negatividade e de que deve ter caráter adversarial, no qual seja sobreposta a figura de um vencedor à de um perdedor. Porém, “os conflitos divergem bastante e, conforme o contexto, a dinâmica e a sua trajetória, eles podem contribuir, sobremaneira, para a promoção do crescimento pessoal e do comprometimento social das partes em questão” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 45).

Freund (1995, p. 76) entende que o conflito não tem significado puramente negativo, pois não é fator de desintegração social, ele desempenha também um papel de regulador da vida social, inclusive favorecendo a integração. Os conflitos podem ser necessários, pois introduzem uma ruptura e ao mesmo tempo desbloqueiam uma situação, portanto, o conflito é um fenômeno social normal, e sem conflitos uma sociedade não teria realidade histórica e sociológica. Segundo o

autor, na perspectiva de uma sociedade perfeita, o conflito seria anormal, no entanto, o conflito é algo inevitável em nossa sociedade, pois as inquietudes, as esperanças, os descontentamentos, entre outros, jamais estão todos fixos nas normas e regras, são as situações excepcionais provocadas pelo conflito.

Então, os conflitantes compreendem, pela postura do mediador/conciliador, que estar em conflito é natural e normal, que o conflito é fisiológico e não patológico e que o grande diferencial é o modo mediante o qual o tratamento ocorrerá. Assim, validam-se sentimentos e angústias, excluindo-se a necessidade de demonstrar culpa. As pessoas são instadas a reconhecer sua humanidade no outro, com qualidades e defeitos e a entender que seres humanos conflitam e que apontar a culpa não é o caminho mais adequado para tratar o problema. (SPENGLER, 2016, p. 96)

Com esta visão encontra-se Freund (1995, p. 229-230), que alerta ser preciso o reconhecimento do outro, pois, enquanto se entender que um tem toda a culpa e que o outro é o único que tem razão, o conflito continuará. Portanto, o conflito pode ter um caráter construtivista:

Uma intenção de aprender abre caminho para mudanças significativas. Ela é a única que pode abrir, quebrar o círculo das defesas. Uma intenção de aprender facilita a construção do entre-nós dos afetos, do espaço da intimidade e de todas as possibilidades de realização da autonomia. E um processo de desarme: temos que aprender a desarmar-nos, provocar a queda de nossas defesas e armaduras construídas por medo das sombras e dos fantasmas da alma. E ficar desarmados, sem defesas, para poder sentir sem os filtros de nossas defesas. Ficar desarmados para poder descobrir as motivações profundas que determinam o que estamos sentindo e conseguindo ser. (WARAT, 2004, p. 92)

Nesse sentido, percebendo os conflitos como possibilidades de crescimento, amadurecimento, e também como parte de um sinuoso caminho relacional, entende-se a necessidade de compreendê-los e tratá-los de formas distintas, de acordo com os casos reais que se apresentam. Dessa forma, não é possível aceitar uma única trajetória a ser trilhada para a resolução dos conflitos. É imprescindível que sejam vis-

lumbradas possibilidades de escolha, formas alternativas de se resolverem conflitos diferentes, de maneiras diferenciadas (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 45). Inclusive, o conflito pode ter especificidades próprias que demandem resoluções determinadas, conforme explica Resta (2004, p. 107): “Que seja o direito e um juiz, muito mais que o sacrifício ou o duelo, para resolver o conflito, depende do modo pelo qual o inteiro sistema considera compatíveis conteúdos e modalidades do próprio conflito”. Tal análise pelo sistema jurídico é fundamental para o tratamento dos conflitos.

Além das transformações já descritas para uma verdadeira gestão de conflitos, têm-se as questões de fraternidade e solidariedade como características de uma sociedade que pode ser melhorada mediante esses princípios, que possuem características importantes na aproximação entre os cidadãos, e entre estes e as instituições.

O direito fraterno é um modelo que vai além dos limites da cidadania. É uma convenção para o futuro, estabelecida por irmãos, de forma conjunta, por meio da qual se decide compartilhar regras de convivência, justificadas pelo compartilhamento de tarefas. Tem como foco a humanidade como o lugar “comum”. É cosmopolita, pois os direitos humanos constituem a crítica mais forte da tolerância, pois pedem a revogação de todos os etnocentrismos. É não violento, tendo em vista que não incorpora a ideia de inimigo, e tem como lógica que não se pode defender direitos humanos enquanto se está violando-o. É contra todas as formas de poder. É inclusivo, pois, para gozar de bens e direitos fundamentais, todos devem usufruir deles ao mesmo tempo. É a aposta de uma diferença em relação aos outros códigos que olham a diferença entre amigo e inimigo (RESTA, 2004, p. 133-135). A proposta do autor é um modelo de convivência jurídica, deixando espaço para a soberania de cada um sobre si mesmo, uma forma não violenta de realização do Direito, que se legitime num ambiente pluralista e mundializado, mediante o resgate da fraternidade (RESTA, 2004, p. 16).

De acordo com Resta (2004, p. 13-14), o direito fraterno tem relação com os direitos humanos, mas possui algo mais, a questão da humanidade. Ele entende que ser homem não quer dizer que tenha sentimento de humanidade. Inclusive, “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 huma-

nidade” (RESTA, 2004, p. 13). Portanto, depende da própria humanidade defender ou violar os direitos humanos, e o direito fraterno pode auxiliar num processo de autorresponsabilização e de compartilhamento, desde que se liberte do código amigo/inimigo e valorize os códigos fraternos, até pelo fato de que a fraternidade, para o autor, envolve pactos entre sujeitos com suas diferenças, e não com os poderes e as posições.

No entanto, Freud entende que não há possibilidade de eliminar totalmente os impulsos agressivos do homem. Portanto, os métodos indiretos de combater a guerra é focar em tudo que favorece o estreitamento dos vínculos emocionais entre os homens: o amor ao próximo e a identificação, ou seja, compartilhamento de interesses, os quais produzem comunhão de sentimentos, além da educação das autoridades (EINSTEIN; FREUD, 2005, p. 42). Assim, uma maior aproximação entre as pessoas é importante para construção de uma sociedade que busca a melhor gestão dos conflitos, até pelo fato de que da amizade não se espera nada além do reconhecimento da identidade, não havendo o intuito de prescrever uma obrigação de cultivar amizade, apenas a possibilidade da amizade sendo redescoberta.

Aliás, Resta (2004, p. 77-89) salienta que uma comunidade que compartilha nascimento, língua, cultura, forma de vida e cria regras de convivência política tem a Constituição como objetivo, portanto, o povo é condição necessária para a Constituição. Adverte que entre o Estado e o povo há uma identidade definida por um “eu coletivo”, pois há um projeto em comum. Então, reconhecer-se em um projeto de democracia significa escolher outra identidade, apostando na existência do bem público (RESTA, 2004, p. 91). Todos esses sentimentos refletem-se no comportamento dos indivíduos, e, para criar uma visão de coletividade, o reconhecimento se torna característica importante para as relações humanas.

[...] a gratidão do reconhecimento estabelece a mais consistente solidariedade que cimenta o sistema social. Ela conecta mundos distantes e, quando é experimentada, é, mais do que qualquer outra coisa, capaz de fundar liames e vínculos atemporais, fora de qualquer tempo e fora de qualquer lugar. (RESTA, 2004, p. 22)

Assim, o sentimento de gratidão pelo reconhecimento proporciona aproximação dos indivíduos e, conseqüentemente, consolida vín-

culos importantes para as relações sociais, pois gera a solidariedade, que é a base da sociedade, e auxilia na ordem do sistema social e na diminuição da distância entre os cidadãos, tendo em vista que retira o individualismo e resgata a consciência coletiva.

O direito fraterno propõe um espaço de reflexão sobre os direitos humanos, acrescentando a consciência de que a humanidade não é apenas um lugar em que se pode pensar o seu reconhecimento e tutela. Essas novas perspectivas são imprescindíveis diante do contraponto entre normas e atitudes diferenciadas nas relações sociais. Nesse sentido, Resta (2004, p. 65) entende que a lei não acaba com a guerra, porque as normas proíbem o que já fazemos, e impor uma proibição não anula o problema. Assim, as mudanças ocorrem mediante atitudes humanas na interação com as pessoas. Inclusive, Resta (2004, p. 48-49) lembra que Freud via em Einstein o “amigo da humanidade”, ou seja, alguém que trabalha pelo bem de todos, que escolhe o caminho do universalismo, e atualmente pode-se dizer que é aquele que sacrifica seu proveito pessoal em favor de um bem comum, o bem da humanidade. A união entre os indivíduos e o empenho de cada um para a melhoria de todos são imprescindíveis.

A sociedade deve possuir como base a fraternidade e a solidariedade. A fraternidade quanto às relações de uma pessoa com a outra, as relações humanas, e a solidariedade nas relações da sociedade para o outro, Estado com as pessoas, solidariedade que reduza as distâncias. Nesse sentido, o direito fraterno é aquele construído baseado na solidariedade e na fraternidade, cada uma delas com suas características que em conjunto possam proporcionar a diminuição da violência e a jurisdição mínima. É um modelo de direito que vai além das delimitações da cidadania, preza pela humanidade. Respeitar os direitos humanos se torna uma obrigação universalista que inclusive se impõe ao Estado e aos poderes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano se constitui a partir das experiências vividas, das suas interações sociais com culturas diferentes. A partir dessa constituição, forma-se a sociedade, a qual passa por diversas transformações ao longo dos anos, assim como o sistema jurídico. Tais mudanças são

essenciais para adequar o Direito à realidade social e política. Em meio a essas construções e transformações, os indivíduos encontram sentimentos, como esperanças, frustrações, desejos, interesses e decepções, e criam então os conflitos. Conflitos estes com pessoas da família, colegas de trabalho, vizinhos, conhecidos, e com si mesmo, e a partir disso vivem relações conflitivas na sociedade.

Muitos desses conflitos sociais são levados ao Judiciário. As razões para este fato são diversas. Foi instituída na sociedade a cultura do litígio diante do entendimento de que toda e qualquer situação conflituosa em que o indivíduo se encontra deve ser levada à decisão de um terceiro, que dará a última palavra. E também pela perspectiva do neoconstitucionalismo, cuja característica é a expansão da jurisdição constitucional, o que propicia maior demanda por justiça e valorização do Poder Judiciário, ocasionando a judicialização das relações políticas e sociais. As pessoas começaram a ver no Judiciário a possível solução para seus conflitos.

Diante dessas dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário em atender às demandas, em 2015 o legislador criou o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, oficializando no § 3º do artigo 3º que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. E depois sancionou a Lei 13.140, de 22 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de resolução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Por meio dessas iniciativas legislativas, ficam instituídas novas formas de resolução dos conflitos, as quais são medidas que devem ser utilizadas com o objetivo de proporcionar aos conflitantes a possibilidade de tratarem os conflitos e resgatarem suas relações com o outro.

Muito embora a edição dessas leis tenha sido motivada como instrumento principalmente para desafogar o Poder Judiciário, para que ele possa trabalhar melhor o cumprimento de sua função institucional, a consequência deve ir além de dar celeridade aos processos, passando a prevenir novos conflitos na medida em que a sociedade amadureça para utilizá-la de forma concreta e como primeira opção

para ter a solução de suas avenças. O que se deseja precipuamente com essas novas leis é inaugurar um novo paradigma cultural e promover meios adequados de solução de conflitos que não seja o adversarial. Tem como objetivo, portanto, prevenir que os conflitos cheguem à justiça estatal mediante a autocomposição das partes, e resgatando a autonomia das pessoas físicas e jurídicas na solução de seus conflitos.

Ainda assim, as medidas institucionalizadas pelo legislador, como a mediação, a conciliação, não são suficientes diante da crescente litigiosidade. Necessário se faz transformar a cultura do litígio em cultura da pacificação social. Uma sociedade com as características da fraternidade, moldada pelas relações humanas fraternas, e com as relações entre Estado e as pessoas mediante a solidariedade. Sociedade essa em que as pessoas consigam conviver com seus conflitos, e nos casos em que os indivíduos se encontram em um conflito, seja analisado qual tipo de conflito está ocorrendo e tratá-lo mediante a forma adequada. Que o cidadão tenha a capacidade de transformar os conflitos em aprendizado para a vida entre cidadãos que partilham o mesmo espaço. Mediante essa articulação, existe a possibilidade de diminuir a violência e ainda haver a mínima participação da jurisdição, princípios estes do direito fraterno, que traz como pressuposto a necessidade de reconsiderar a relação entre justiça e sociedade, de modo que haja a relativização da justiça e a avaliação dos problemas e as soluções criadas. A partir disso, poderão ser analisados os verdadeiros motivos dos conflitos, redefinindo, assim, os limites do sistema judiciário.

Portanto, os conflitos são inerentes ao ser humano, e a transformação do conflito se faz medida urgente. O Direito vem sofrendo alterações no decorrer dos anos para se adequar à realidade vivida em cada momento histórico, mediante a criação de medidas que assegurem, de uma forma ou de outra, soluções para a convivência social, assim também imprescindível uma transformação nas relações, quem sabe numa sociedade mais fraterna e solidária. O certo é que a sociedade vive em um momento de transição, pois nada é estático, por isso faz-se necessário encontrar reformulações na forma de pensar, agir e de conviver.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <ne oconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2016.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. *Lei 13.140, de 26 de junho de 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 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Brasília: UnB, 2001.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus*. Tradução de Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Um diálogo entre Einstein e Freud*. Por que a Guerra? Santa Maria: Fadisma, 2005

FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995.

GAGLIETTI, Mauro José; COSTA, Ana Paula Motta. *Direito, Conflito e Solução*. Passo Fundo: IMED, 2013.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). *O marco legal da mediação no Brasil*: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/5238348/o-neo-constitucionalismo-no-brasil---daniel-sarmento>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. III.

CONFLITO E VIOLÊNCIA E MEIOS ALTERNATIVOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

RENATO KUSIAK¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo objetiva apresentar algumas distinções entre conflito e violência, alguns desfechos para os conflitos e os meios alternativos de tratamento de conflitos existentes. Buscar-se-á diferenciar conflitos e violência, bem como apresentar alguns modos de manejo dos conflitos. Também se apresentará excertos da obra de Julien Freund, “*Sociología del conflicto*”, especificamente o que consta nos capítulos 5 e 6, onde o autor traz alguns desfechos possíveis para os conflitos.

Por fim, tratará dos meios alternativos de resolução de conflitos que estão dia a dia sendo mais intensamente utilizados como instrumento de pacificação dos conflitos. Em suma, o que se pretende é mostrar a possibilidade de utilização dos meios alternativos de tratamento de conflitos como instrumentos à disposição do cidadão para pacificação de suas controvérsias fora do Poder Judiciário, com equilíbrio e sensatez entre as partes.

2 CONFLITO E VIOLÊNCIA

Conflito e violência estão presentes na história da humanidade, mas não se confundem. O conflito é imanente da dinâmica social, po-

¹ Técnico Tributário da Receita Estadual do Estado do Rio Grande do Sul, Contador, Advogado, Pós-graduado em Organização e Gestão Empresarial pela Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo (RS), Professor de Matemática Financeira, Professor de Contabilidade, Advogado Associado na Empresa TSP Assessoria Jurídica de Santo Ângelo (RS), Mestrando em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo (RS), vinculado ao grupo de pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”. E-mail: renatok@outlook.com

dendo ser encarado como negativo e destruidor, mas, falar em conflito “é falar de vida; eles fazem parte da evolução dos seres humanos e são necessários para o crescimento de qualquer família, grupo político, social ou profissional” (BRASIL, 2009, p. 26).

De uma forma geral, o conflito é uma situação de antagonismo frente a determinado interesse comum, “uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques [...]” (BOBBIO, 1998, p. 225).

No conflito se personifica a dificuldade que as pessoas possuem de lidar com as diferentes situações do dia a dia no convívio social. É um enfrentamento consciente, que de antemão resulta de uma postura de incompatibilidade de posições. Pode ser decorrente de uma pretensão resistida de parte a parte, da falta de diálogo com o outro, ou pela impossibilidade de as pessoas conjugarem, por si sós, interesses divergentes. Sua ausência conduz à apatia social.

Eventualmente, o conflito se traduz em violência, pois existe “um princípio geral que os conflitos de interesses entre os homens são resolvidos pelo uso da violência” (EINSTEIN; FREUD, 2005, p. 30), principalmente na manifestação do poder, pois, se olharmos os debates relacionados ao “fenômeno do poder, rapidamente percebemos existir um consenso entre os teóricos da política, da Esquerda à Direita, no sentido de que a violência é tão somente a mais flagrante manifestação do poder” (ARENDDT, 1994, p. 31).

Percebendo essa diferença entre conflito e violência, Freund (1995, p. 58) propôs uma definição de conflito que considera a possibilidade de o conflito converter-se em violência, e tender ao aniquilamento do outro. Para ele, conflito é

[...] un enfrentamiento por choque intencionado, entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan, los unos respecto 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.²

² “[...] um enfrentamento por um choque intencionado, entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns em relação aos outros, uma intenção hostil, em geral a propósito de um direito, e que para manter, afirmar ou restabelecer o Direito, tratam de romper a resistência do outro, eventualmente com o recurso da violência, o que pode levar, dependendo do caso, com o aniquilamento físico do outro.” (Tradução livre do autor)

No entanto, conflito não é violência. O termo conflito diz respeito à relação entre as partes. No conflito, a intenção é buscar uma solução para o problema sem quebrar a relação, nem que a relação conflituosa permaneça para sempre. Não há rompimento, nem desejo de eliminar o outro. Já a violência sinaliza uma ação, relativamente premeditada, que ignora a relação entre as pessoas envolvidas, e busca uma solução rápida: a eliminação do outro. Geralmente seus danos são irreversíveis.

Não há como afastar o conflito da dinâmica social. Mas, soluções são possíveis, e elas vão determinar sua inexorabilidade ou não.

Uma das soluções possíveis para pôr fim ao conflito de maneira satisfatória para as partes é o diálogo. Nas relações conflituosas, o “diálogo é o principal meio para se atingir este objetivo, pois é através de um diálogo franco que as partes chegam a um acordo satisfatório para ambas” (BRASIL, 2009, p. 158). Ele não ignora o conflito, nem pressupõe uma reação violenta, ao contrário, reconhece e não nega o conflito abrindo possibilidades de entendimento de forma não violenta, levando à compreensão de que o conflito também é um modo de ser da vida em sociedade, inevitável, portanto. Mas, não pode ser um “diálogo de surdos” (BOBBIO, 2004, p. 81), ou seja, as partes devem querer dialogar.

Um diálogo entre surdos potencializa o desejo de cada parte encaminhar a solução do conflito por seus próprios meios, mediante a autotutela, que é “a forma mais antiga de solução de conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora” (NEVES, 2000, p. 5). Tal solução deve ser afastada, pois é contrária ao Direito e, segundo Neves (2000, p. 6), a autotutela

[...] é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de seu adversário.

Obviamente, a solução dos conflitos não pode se dar por algum meio contrário ao Direito. Além disso, salvo exceções³ previstas em lei,

³ Algumas exceções, onde se permite a autotutela, conforme Lei 14.406/02 (Código Civil brasileiro): **Art. 188, I**: legítima defesa e exercício regular de um direito reconhecido; **Art. 188, II**: a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente; **Art. 1.210, § 1º** O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá

a autotutela implica o uso arbitrário das próprias razões⁴, proibido pela legislação penal brasileira.

Como já dito, os conflitos fazem parte do dia a dia da vida em sociedade, e diferenciam-se da violência justamente na medida em que se resolvem sem a predominância da força de um sobre o outro. Mas os conflitos podem ter desenlaces diversos. Por isso, a seguir, são apresentados alguns desfechos possíveis para os conflitos, segundo propõe Julien Freund (1995) em sua obra *“Sociología del conflicto”*. São fragmentos extraídos dos capítulos 5 e 6, onde o Freund apresenta sua tese para alguns diferentes epílogos do conflito.

3 DIFERENTES EPÍLOGOS DO CONFLITO

Freund (1995, p. 207) parte da ideia que toda guerra acaba, contudo, aquilo que estava em disputa não significa que efetivamente tenha sido resolvido. Constata que na coletividade sempre existiram períodos de paz e de guerra: *“La historia esta hecha de esta alternancia, como si los hombres no pudieran desprenderse ni de una ni de la otra”*. A grande questão a ser respondida é: como acabar com esses conflitos? Como resposta, afirma que a guerra (conflito) acaba em um desenlace amorfo (sem forma definida), ou seja, não há uma forma universal de desfecho que possa ser um padrão, apresentando-se multifacetada.

A primeira forma que se apresenta é aquela produzida dentro da própria sociedade, que se encarrega por meio uma mediação hábil de mediadores que tem o dom da palavra. Essa forma parece rudimentar aos olhos da modernidade, porém funcionou muito bem em Roma e, nos Estados Unidos também.

A segunda forma são os conflitos denominados pelo autor como *“los conflictos blandos”* (FREUND, 1995, p. 210), que se caracterizam pelo fato de os contendores entrarem em conflito sem muita vontade de entrar. São conflitos que se intensificam com ameaças verbais.

manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo, os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse; **Art. 1.283**. As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.

⁴ O uso arbitrário da própria razão está tipificado no Código Penal brasileiro (Decreto-lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940), em seu artigo 345: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.”.

Como exemplo, têm-se os conflitos entre patrões e empregadores, em que não há efetivamente a vontade de causar dano. Eventualmente, a maior radicalização é causar um prejuízo mais contundente à empresa, provocando vários turnos de não produção e, os patrões, podem causar maior prejuízo aos trabalhadores por cortes nos salários. Assemelham-se muito às greves, paralisações e reivindicações de estudantes etc.

A terceira forma de conflito são as chamadas “*la luchas de clases*” (FREUND, 1995, p. 210), conforme identificou Marx. Contudo, Freund (1995) afirma que cientificamente é preferível chamar de antagonismos de classe, do que propriamente luta de classes, salvo nos casos raros de enfrentamentos mais contundentes entre classes.

Outras expressões são utilizadas para designar o desfecho de um conflito. Comumente, na literatura histórica e sociológica, política e outras, se encontrarão em abundância os termos vitória e derrota, sendo, porém, termos correlatos. O que se verifica é que a maior parte dos tratados que sancionam política e juridicamente o fim das guerras, sempre aponta para uma vitória ou uma derrota. Obviamente, aqui o autor está se referindo a uma dimensão dos conflitos que ultrapassa a esfera dos conflitos interpessoais, abrangendo uma consideração de conflitos entre grupos ou coletividades. Este modelo alimenta nos corações dois sentimentos que são antagônicos: nos vencedores, uma exaltação; nos perdedores, um abatimento. Essa constatação se assemelha ao resultado obtido no modelo de jurisdição estatal, onde o conflito é encarado na base do litígio, que, ao final, declara um vencedor e um vencido.

A vitória de um significa a derrota do outro, o que corresponde à lógica interna do conflito, tendo em vista que o objetivo é romper a resistência do inimigo para impor a vontade do vencedor. Isso conduz a imaginar que a vitória deverá ser a mais intensa possível, e a derrota a mais completa possível. Assim, a vitória na guerra não se limita a somente triunfar sobre o inimigo, mas instaurar, depois de findada, uma sociedade nova sobre a antiga, como continuidade da política, porém, por outros meios.

A guerra também pode se apresentar de outras duas formas: “*guerra de aniquilación y guerra de desgaste*” (FREUND, 1995, p. 219). Como o próprio nome sugere, a aniquilação é a destruição completa. Mas esta também pode ser dirigida a abater completamente o inimigo, destruindo suas possibilidades para submetê-lo totalmente.

A guerra de desgaste pode ter um sentido tático e um estratégico. No sentido tático, a guerra pode ser levada a efeito para debilitar e fatigar o inimigo com manobras táticas sobre o terreno, objetivando minar suas esperanças. Sob o prisma estratégico, pode apresentar-se como mobilização total, muitas vezes sendo mais guerra de propaganda do que propriamente militar. Sem ter como enfrentar em pé de igualdade o exército oposto, procura minar o inimigo com ações localizadas, o que pode conduzir o conflito a durar anos.

Muitas vezes uma vitória militar não significa necessariamente uma vitória política. A vitória nada mais significa do que um triunfo pontual sobre o inimigo, assinalado por uma rendição, o que não significa aceitação da derrota. Os conflitos assim terminam, em regra geral, com o reconhecimento de uma debilidade moral.

A maior parte dos conflitos não bélicos pode ser resolvida com um compromisso, que *“consiste em un arreglo en base a concesiones recíprocas para poner fin a un conflicto y para prevenirlo”* (FREUND, 1995, p. 226) e que pode despertar no outro o desejo de entabular uma negociação direta, ou por meio de árbitros. Isso, porém, requer uma condição: o reconhecimento do outro. Sem esse reconhecimento do outro o compromisso é impossível.

O compromisso que se firma uns com os outros *“es uno de los mayores descubrimientos de la humanidad. Es simultáneamente una condición elemental para cualquier convivencia humana”* (FREUND, 1995, p. 228). No entanto, tem que ser bem avaliado, pois pode representar uma estratégia astuta para enfrentar conflitos, que podem resultar em outras condições mais favoráveis.

Abstraindo os casos extremos de conflitos, surge o problema da negociação como instrumento de encerramento de conflitos. Aliás, a negociação é *“la vía de la negociación aparece en general como la más loable, incluso la más respetable y la más meritoria”* (FREUND, 1995, p. 234). Também parece existir um acordo geral para se resolver os conflitos por meio da negociação, ao menos teoricamente. Contudo, essa solução não parece corresponder a todas as expectativas sociológicas. Ela seria sempre preferível, porém existem outros meios não muito nobres. Diferenças potenciais, por exemplo, onde há uma imposição ao invés de uma negociação.

Isso conduz a ver que os conflitos sempre se subsumem numa dualidade: amigo-inimigo. Nesse processo bipolar, não há espaço para um terceiro. Porém, o terceiro existe, segundo Freund (1995), ao menos sob três formas: (1) O terceiro imparcial que não está implicado no conflito, mas que é solicitado a pôr fim ao conflito. Ele pode se apresentar como mediador ou árbitro. (2) O terceiro agora é aquele da discórdia. É o que não está implicado diretamente no conflito, mas procura tirar vantagens para si mesmo. (3) O último tipo de terceiro é o que divide e impera. Ele intervém diretamente no conflito porque lhe interessa adquirir uma postura dominante. Chega mesmo a tomar uma posição de enfrentamento entre os outros dois para melhor atingir seus objetivos. Assim, nenhum dos tipos acima parece ser bem adequado. Por isso, o autor propõe somente dois tipos de terceiro: “*o bien es parte activa en el conflicto, o bien no es parte interesada*” (FREUND, 1995, p. 244).

Existe o caso das alianças, que pode receber outras denominações: “*coalición, liga, entente, frente o bloque*” (FREUND, 1995, p. 244). Somente nessa oportunidade o terceiro efetivamente participa. Trata-se de uma união de Estados para conduzir um conflito. O que surge como grande questionamento é se os coligados possuem ou não um plano de igualdade. Pode ocorrer que o terceiro interveniente não seja parte interessada.

Pode também ocorrer que o terceiro surja já no meio do conflito. Isso pode sugerir um terceiro moderado que não está implicado no conflito. “*Se trata esencialmente del mediador*” (FREUND, 1995, p. 259). Tem-se notado que o mediador exerce um bom papel nos meios sociais, mais que nos conflitos interestatais. Contudo, a mediação não chega a bom termo se não existir uma predisposição anterior, ou um reconhecimento implícito. A mediação implica então um “*método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, ao entender melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual*” (TARTUCE, 2008, p. 297).

Necessariamente, para que exista conflito, é necessária a presença do outro. O conflito não é possível sem o desejo subjetivo do outro, visto que não é produto objetivo de uma determinada situação. Portanto, o conflito é uma situação específica que não pode ser confundido com outras atividades: “*el conflicto no es un juego*” (FREUND, 1995, p. 257). O que diferencia conflito de jogo é que no jogo os joga-

dores podem entabular as regras, alterá-las, conformá-las, sem necessitarem da sanção de instância superior. Um conflito é insubordinado, desregrado, não obedece a uma lógica entabulada anteriormente, não possui regras formais estabelecidas anteriormente: cria suas próprias regras. Por isso, apresenta-se comumente fora do quadro jurídico. Num jogo, os jogadores podem usar de estratégias diferentes em cada rodada, “*pueden, si lo desean, ponerse de acuerdo entre ellos para eliminar una u otra de las convenciones*” (FREUND, 1995, p. 259), mas as regras formais do jogo não se alteram.

Num conflito, a vida é vista no seu conjunto, com suas características sociais, econômicas, culturais e outras, que são sacudidas e modificadas de alto a baixo. Num conflito, os seres humanos, grupos sociais e sociedades são atacados em sua substância, em sua vida. Assim, mesmo que exista certa confusão entre crise, jogo, dialética, é preciso tratar o conflito como algo que corrobora a paz, como imanente da dinâmica social.

Freund (1995) ainda esclarece que não é possível se fazer paz com os amigos, por uma razão muito óbvia: com os amigos já se está em paz. Só é possível fazer a paz com os inimigos. Uma paz que não deve ser dissimulada, artificial, fingida, mas aquela paz que vem do coração, aquela capaz de “sentir o sentimento” (WARAT, 2004, p. 26).

Embora se enfoque a paz em função dos conflitos, deve-se evitar cair em armadilhas, como, por exemplo, a presença de instituições bélicas, que devem ser suprimidas caso se queira manter a paz, pois elas existem para administrar a guerra.

A paz é correlata da ordem, que só pode se manter em bases de organização social. “*Estas pueden consistir en reglas y en leyes, en las instituciones y en los usos, en intercambio y en ritos, en deberes o en satisfacciones*” (FREUND, 1995, p. 299). As instituições podem exercer uma função reguladora, função criadora, função dissuasiva ao encargo do exército e da polícia. Porém, no fundo, a paz consiste num estado relativamente equilibrado e organizado de ordenação social. Assim, o equilíbrio desta ordem nunca pode encontrar uma solução definitiva, mas somente um compromisso, razão porque a ordem política é determinada, na sua maioria, pelo jogo dialético entre quem comanda e quem obedece.

4 MÉTODOS DE MANEJO DE CONFLITOS

Em alguma medida, a sociedade deve ser capaz de colocar à disposição de seus membros métodos para a solução dos conflitos, de forma coerente e pacífica. No decorrer da história, os métodos de solução dos conflitos variaram, desde a vingança, a guerra, os juramentos. Nos conflitos pessoais, prevaleceu por muito tempo a vingança privada, como a que previa a “Lei das XII Tábuas”. Com o passar do tempo, pela inadequação desse método, o Estado assumiu o monopólio da justiça, através da jurisdição, considerada como a

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 2000, p. 8)

Mediante a atividade jurisdicional estatal, o Estado-juíz substituiu as partes envolvidas no conflito e, “através da sentença judicial, [...] busca solucionar problemas de forma tradicional” (TRENTIN, 2012), mediante a imposição de uma regra. Nesse modelo,

[...] quando o juiz decide, o que se expressa é uma linguagem binária, apresentando única alternativa – vencedor e vencido. Neste modelo, um terceiro, supostamente com mais poder e conhecimento, tem a função de dirimir um conflito entre pessoas que, supostamente, não têm condição de fazê-lo. Na decisão judicial não há consenso, nem espaço de comunicação, o que há é imposição de uma regra a ser seguida. (MARQUES; PIMENTEL; TORRES, 2014, p. 64)

O Estado assume a autocomposição em substituição às partes, e o processo passa a ser o instrumento à disposição para a resolução dos conflitos. Esse método, porém, não se mostra adequado no dia a dia e suficiente para a solução dos conflitos, não oferecendo uma prestação jurisdicional eficaz e efetiva, capaz de proporcionar a satisfação das partes.

Existem inúmeras situações apontadas para a inadequação da jurisdição baseada no processo judicial, entre elas: falta de servidores no judiciário, excesso de demandas, morosidade, descrédito na adminis-

tração da justiça. O sentimento é que a justiça nunca chega, o conflito nunca acaba e a angústia nas partes envolvidas sufoca, causado por um modelo arcaico de justiça, onde o “arcaísmo aumenta a lentidão, a ineficiência e a desordem na condução dos processos, fomentando o desprestígio da administração da justiça, que gera a insatisfação e descrédito nos jurisdicionados” (REIS, *online*, 2017).

Esse meio estatal não “é o único remédio, mas é o mecanismo que o sistema social se deu como adequado por certo lapso de tempo e em um segmento de sociedade bastante vasto, mas não universal” (RESTA, 2014, p. 16) para a solução dos conflitos. Somente “nos sistemas sociais que as suportam, a solução dos conflitos pode ser confiada a outros dispositivos, como o sacrifício religioso, a vingança privada, o juízo de Deus, a sorte ou o oráculo” (RESTA, 2014, p. 16).

No contexto atual, o tratamento dos conflitos por via processual já não é suficiente. Existe a necessidade de um pluralismo de meios, que o Estado-juiz não consegue oferecer. Dessa forma, “o pluralismo emerge como uma política hábil a resolver conflitos com menos burocracia, porém com mais eficácia” (TRENTIN, 2012).

Temos, desse modo, uma opção por modelos que se opõem ao poder concentrado nas mãos de um, de poucos ou de um grupo, pela compreensão de que da concentração facilmente decorrem abusos e arbitrariedades, contrárias a postulados democráticos. (ANTUNES *apud* TRENTIN, 2012)

Esses meios plurais, ou alternativos, já são uma realidade como outras práticas para tratamento dos conflitos de um modo mais responsável, por parte dos indivíduos, das organizações e da comunidade. O que se espera é que eles possam conduzir a um novo paradigma não adversarial de solução dos conflitos, que ponham fim à cultura do litígio estampada no modelo processualista atual.

4.1 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Do modelo de se fazer justiça pelas próprias mãos, a sociedade evoluiu para o modelo de justiça estatal. Esta coloca à disposição a jurisdição e o processo como meios oferecidos para a resolução dos conflitos. Porém,

existem outros meios fora da jurisdição estatal, que tratam os conflitos de modo alternativo, auxiliados pelas diversas áreas do conhecimento.

A utilização desses meios alternativos em substituição ao paradigma estatal de resolução de conflitos é um caminho estreito e cheio de desafios. Ao menos dois desafios são bem visíveis. Um, é a dificuldade que as pessoas têm em resolver suas disputas por si sós. Outro, é que, aparentemente, pode parecer vantajoso que um terceiro fora do conflito seja o responsável por resolvê-lo. Mas estas posturas fazem parte da cultura do litígio, que coloca frente a frente as partes como inimigos, adversários, que querem a declaração de quem venceu e quem perdeu.

Esse descompromisso com o outro, que coloca nas mãos do Estado a incumbência de ser o terceiro que facilita a resolução de conflitos, acaba sendo mais um problema do que uma solução, exatamente na medida de que os interesses desse terceiro não coincidem com os interesses das partes envolvidas, e o tempo da vida real não é o mesmo tempo da justiça estatal. Tem-se ao fim e ao cabo uma sensação de ineficiência, ineficácia, morosidade, frustração e angústia, e uma real sobrecarga de demandas no sistema, agravando os conflitos, ao invés de pacificá-los.

Diante dessa realidade, novos instrumentos de resolução e/ou tratamento dos conflitos foram sendo desenvolvidos, como meios alternativos de tratamento de conflitos, como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Esses meios alternativos não devem ser vistos como substitutos da prestação jurisdicional estatal, pois, mesmo não tendo o Estado a exclusividade da administração de conflitos, ele é imprescindível para a pacificação do convívio social. Também não pode acontecer de esses meios alternativos passarem a ser encarados como a terapia mais adequada para a solução de todos os conflitos ou como instrumentos de política pública para resolver o déficit da prestação jurisdicional estatal pelo lado da demanda. Devem ser vistos como de alcance social, trabalhando na desconstrução dos conflitos e na restauração das relações, pois a “conciliação, a mediação e a arbitragem possuem características próprias e são, especialmente, diferenciadas pela abordagem do conflito” (PISKE, 2010).

Com esses meios alternativos, a sociedade vai criando consciência de que existem outras formas de resolver os conflitos de maneira eficaz, confiável e rápida, que conseguem restabelecer as relações resolvendo o conflito, e não somente o litígio.

4.1.1 CONCILIAÇÃO

Conciliação é uma palavra derivada do latim *consiliatione*, significando “ato ou efeito de conciliar(se). Harmonia de litigantes ou pessoas desavindas” (FERREIRA, 1999, p. 520).

Pode também ser entendida como “o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo negócio põem fim à divergência amigavelmente” (CARDOSO, 1996, p. 95). Também pode ter o significado de “concórdia, ajuste, conagraçamento, acordo ou harmonização de pessoas; união; combinação ou composição de diferenças” (MARQUES, 2013).

A conciliação pressupõe que as partes participem efetivamente da solução do conflito de uma forma amigável, harmoniosa e não conflitual, ou seja, é um método cooperativo entre as partes. “Trata-se de forma autocompositiva de solução de conflitos, uma alternativa mais célere e menos dispendiosa” (MARQUES, 2013).

Na conciliação, as partes têm uma posição mais proeminente, devido a participarem da solução do conflito. Trata-se de um método não adversarial, na medida em que as partes atuam juntas e de forma cooperativa. A conciliação é um procedimento mais rápido. Na maioria dos casos se limita a uma reunião entre as partes e o conciliador. É muito eficaz nos conflitos onde, não há, necessariamente, relacionamento significativo entre as partes no passado ou contínuo entre as mesmas no futuro, que preferem buscar um acordo de maneira imediata para terminar a controvérsia ou pôr fim ao processo judicial. São exemplos: conciliações envolvendo relação de consumo, reparação de danos materiais, etc. (PISKE, 2010)

A conciliação no Brasil é procedimento judicial obrigatório, a partir da entrada em vigor da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil brasileiro), que em seu artigo 334⁵ estabelece a obriga-

⁵ O artigo 334 do Novo CPC tem a seguinte redação: **Art. 334.** Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. **§ 1º** O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. **§ 2º** Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. **§ 3º** A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

toriedade da realização de audiência de conciliação. Essa é a regra vigente, só podendo ser afastada por concordância mútua das partes em abrirem mão da autocomposição. “No procedimento comum, o réu não é mais intimado para responder, mas para comparecer a uma audiência de conciliação ou de mediação que passa a ser obrigatória” (MARQUES, 2013).

Além do disposto no Processo Civil, “a Justiça Comum também prevê a conciliação, não apenas pelo procedimento da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, mas também em litígios que sejam submetidos ao rito ordinário” (MARQUES, 2013).

Há ainda o uso da conciliação em matéria de direito do trabalho, onde os artigos 625-A e 846⁶, do Decreto-lei 5.452, de 1º de março de 1943, que instituiu a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), preveem que deverá ser tentada a conciliação entre as partes em qualquer fase do processo.

Deve-se ressaltar que a conciliação pode ser utilizada em quase todos os casos: pensão alimentícia, divórcio, desapropriação, inventário, partilha, guarda de menores, acidentes de trânsito, dívidas em bancos e financeiras, questões envolvendo contratos, e outras.

Porém, obsta a utilização da conciliação nos conflitos que envolvem crimes contra a vida e questões decorrentes da violência doméstica, como as previstas na Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, estabeleceu as diretrizes a serem observadas no estabelecimento da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Judiciário, onde procurou incentivar a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, entre eles o uso da conciliação.

4.2 ARBITRAGEM

A arbitragem é uma técnica alternativa de resolução de conflitos baseada na convenção entre os particulares que escolhem um árbitro

⁶ **Art. 625-A.** As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. **Art. 846.** Aberta a audiência, o juiz ou presidente propará a conciliação.

de sua confiança para dirimir questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

Trata-se de um meio alternativo de resolução de conflitos fora da esfera judicial, onde se entrega a um particular, o árbitro, a autoridade para resolver todas as questões convencionadas.

A arbitragem pode ser conceituada como o

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (CARMONA *apud* TRENTIN, 2012)

A arbitragem é método privado de solução de litígios/conflitos, “por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes” (MARQUES, 2013). O que difere a arbitragem da conciliação é justamente seu caráter vinculatório.

Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de conflitos, de sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão que não vincula as partes. (MARQUES, 2013)

Na conciliação, o conciliador procura entabular um acordo que ponha fim ao conflito, mas ele não possui força cogente. Na arbitragem, a sentença arbitral é vinculante, ou seja, obriga as partes, e o descumprimento do avençado possibilita a execução no Poder Judiciário, ou até mesmo sua anulação, acaso padeça de algum vício.

A arbitragem é o meio utilizado para conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Pode ser de grande eficácia quando se tratar de questões muito específicas, pois um especialista melhor decidirá a controvérsia. As negociações entre par-

ceiros comerciais internacionais apontam pela necessidade de maior utilização deste instrumento tão eficaz, econômico e célere – a arbitragem comercial – na resolução de conflitos de grande complexidade. Ex: controvérsias entre países envolvendo a construção de hidroelétricas e termoelétricas, etc. (PISKE, 2010)

A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, com as modificações posteriores, trata da arbitragem no Brasil, e a sua natureza de título executivo judicial extrai-se do artigo nº 515⁷, da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil brasileiro).

4.3 MEDIAÇÃO

A mediação, junto com a conciliação, se configura como um método autocompositivo de resolução de conflitos. Diferentemente da conciliação, em que o conciliador intervém no conflito, sugestionando o melhor acordo para as partes, e da arbitragem, onde o árbitro decide a controvérsia, a mediação pressupõe uma intervenção neutra, por parte do mediador, a fim de proporcionar a pacificação do conflito por livre escolha das partes. Segundo Warat (2004, p. 14), o “mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes”. E continua afirmando que “o mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não o conflito” (WARAT, 2004, p. 14).

A mediação deve ser compreendida como o

[...] método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, ao entender melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. É espécie do gênero autocomposição, sendo ainda considerada um meio alternativo de solução de conflitos ou equivalente jurisdicional. Para alguns estudiosos, identifica-se com a conciliação, que também busca o estabelecimento de um consenso. (TARTUCE, 2008, p. 297)

⁷ O artigo 515, da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil brasileiro), assim dispõe: São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral;

O objetivo da mediação é fazer com que os protagonistas da controvérsia se responsabilizem e sejam capazes, por si sós, de elaborar consensos duradouros, por meio da restauração do diálogo e da comunicação, proporcionando a pacificação do conflito, com a restauração dos vínculos de amizade e respeito, superando o paradigma do litígio ganhador/perdedor, possibilitando que existam ganhos para ambas as partes.

A mediação não tem como objetivo primordial o acordo, e sim a satisfação dos interesses e dos valores e necessidades das pessoas envolvidas na controvérsia. Na mediação as pessoas passam, de forma emancipada e criativa, a resolver um conflito pelo diálogo cooperativo, na construção da solução. Ex: mediação na área de família, etc. (PISKE, 2010)

Assim, pode-se referir a mediação como uma forma de “instaurar a comunicação comunitária rompida entre os cidadãos ou grupos em virtude da posição antagônica instituída pelo conflito” (SPENGLER, 2012, p. 94).

A mediação implica a quebra do paradigma estatal de solução das controvérsias com base no litígio, e propõe que sejam feitas mudanças na cultura predominante de resolver o conflito, pois conduz as partes ao reconhecimento de suas diferenças, abrindo possibilidades para que sejam encontradas soluções possíveis de satisfazer os interesses envolvidos no conflito, fazendo com que “as partes deixem de sentir o conflito a partir de seus egos” (WARAT, 2004, p. 32).

Salienta-se ainda que a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Judiciário e dá outras providências, também prevê a utilização da mediação.

A mediação pode ser utilizada nas mais variadas áreas, tais como no direito de família, direito empresarial, direito civil, direito comercial, direito trabalhista, direito penal e, recentemente, possível de ser utilizada em questões envolvendo matéria tributária, conforme a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito imanente à vida em sociedade não é um obstáculo à paz. Porém, na busca permanente de se construir uma cultura de paz são necessárias algumas mudanças de atitudes, crenças, comportamentos e instrumentos de pacificação interpessoais, na tentativa de mudança do atual paradigma da cultura do conflito.

A dinâmica conceitual da paz é ser um conceito em constante mudança, que leve a provocar e a enfrentar os conflitos da vida de forma não violenta. Uma mudança para a cultura da paz, na perspectiva de um processo de educação transformadora que propicie um saber descoloniado pode ser o trampolim para o desenvolvimento de uma sociedade harmoniosa: que não busca a eliminação do conflito, mas que tente encontrar meios criativos e não violentos de resolvê-los.

Nas considerações de Freund (1995), ficou evidente que os conflitos não pacificados, ou aqueles intencionalmente potencializados pelo uso da violência, na tentativa de impor ao outro uma derrota pela exacerbação da força e da violência, não possuem uma forma única desfecho, naquilo que ele denominou de desenlace amorfo. Disso pode-se concluir que, se os conflitos não possuem uma forma específica padrão de resolução, parece completamente inadequado que se utilize um único meio para sua solução, como a jurisdição estatal. A jurisdição estatal já demonstrou ser incapaz de tratar com a essência dos conflitos por não levar em consideração as relações pessoais entre as partes. Oferece tão somente a solução do litígio, declarando um vencedor e um perdedor. Fica evidente que outros meios são necessários para pacificar os conflitos.

Nessa seara, os meios alternativos de resolução de conflitos podem representar a alternativa possível no momento para buscar o diálogo constante e transformador do conflito num caminho que valha a pena ser trilhado para propiciar a cada parte envolvida o exercício de sua autonomia, no sentido de promover no outro o entendimento necessário sobre suas compreensões e interpretações da vida na busca pela paz no tratamento de conflitos, seja de que ordem for, na possibilidade da pacificação e da reaproximação de forma fraterna.

Dos meios alternativos apresentados – conciliação, arbitragem e mediação –, inegavelmente a mediação é o meio adequado por exce-

lência para promover o tratamento dos conflitos e promover a inclusão social dos indivíduos através da via extrajudicial, já que o modelo tradicional de resolução de conflitos é altamente excludente e discriminatório. Além disso, o Poder Judiciário não consegue entregar um serviço adequado às necessidades contingenciais da vida social moderna, principalmente pelo excesso de demandas que a complexidade social ocasiona. Demandas essas que poderiam ser resolvidas de forma rápida e eficaz através desses meios alternativos de tratamento de conflitos, tanto por meio do diálogo quanto do amor e respeito entre os indivíduos, que redunde na paz social.

Por fim, deve-se seguir pensando o conflito a partir dele mesmo. Mesmo tendo muito a ser feito ainda na implementação e afirmação dos meios alternativos de resolução dos conflitos, fica claro que eles não encerram a multiplicidade de desdobramentos que podem resultar deles mesmos. Contudo, é urgente que essas práticas sejam cada vez mais utilizadas e incentivadas, a fim de que elas estejam a serviço da promoção da fraternidade humana, e não mais da exploração excludente do modelo tradicional.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____; MATTEUCCI, Nicola.; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.
- BRASIL. *Direitos humanos e mediação de conflitos*. São Paulo: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República/Instituto de Tecnologia Social, 2009. 222 p.
- CARDOSO, Antônio Pessoa. *Justiça alternativa: Juizados Especiais*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Book-seller, 2000. v. II.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Um diálogo entre Einstein e Freud – por que a guerra?* Santa Maria: FADISMA, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Madrid: Ministerio de Defensa, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria da Ação Comunicativa*. Madrid: Taurus, 2003.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. Tutela diferenciada e meios alternativos de solução de conflitos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XVI, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13545>. Acesso em: 12 mar. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

PIMENTEL, Fernanda Pontes; MARQUES, Gisele Picorelli Yacoub; TORRES, Juliana Barbosa. A transformação da intimidade e o redimensionamento das relações e conflitos familiares. In: MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub (Coords.). *Mediação: um panorama atual*. [livro eletrônico] /- Niterói: PPGSD – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2014. v. 2. Disponível em: <<http://www.ppgsd.uff.br/index.php/publicacoes/livros>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

PISKE, Oriana. *Formas alternativas de resolução de conflitos*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/formas-alternativas-de-resolucao-de-conflito-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

REIS, Suelen Agum dos. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18287/Meios_alternati_vos_de_Solu%C3%A7%C3%A3o_de_Conflitos.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

RESTA, Eligio. *Tempo e processo*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

SEIDEL, Daniel (Org.). *Mediação de Conflitos*. Brasília: Vida e Juventude, 2007.

SEITENFUS, Ricardo Antonio da Silva; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra?* Santa Maria: Fadisma, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TRENTIN, Fernanda. *Métodos alternativos de resolução de conflito: um enfoque pluralista do direito*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11252&revista_caderno=24>. Acesso em: mar. 2017.

WARAT, Luís Alberto. *Em nome do acordo*. Buenos Aires: Alamed, 1999.

_____. *Surfado na pororoca: o ofício de mediador*. Florianópolis: Fundação Bordeux, 2004. 424 p.

A JURISDIÇÃO COMUNITÁRIA NO ESTADO MODERNO BRASILEIRO

RENAN RUSCHEL NUNES¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil, existe a proposta de um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 veio trazer um rol de promessas a serem perseguidas, havendo uma modificação estrutural, em que o Estado passa a buscar um modelo de Estado Constitucional Cooperativo².

Nesse ínterim, através desta abertura da democracia constitucional, percebe-se contemporaneamente que a sociedade requer um novo modelo de tratamento de conflitos frente à crescente ineficiência e sua respectiva crise na jurisdição tradicional brasileira, juntamente com a crise multilateral do Estado Moderno, buscando encontrar alternativas para a resolução de conflitos.

Assim, o presente artigo tem como objetivo apresentar a mediação comunitária como alternativas para a crise da jurisdição tradicional brasileira, tornando a comunidade um “locus” fraternal de resolução de conflitos.

¹ Advogado e Juiz Leigo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões – URI/Campus de Santo Ângelo/RS. E-mail: renanruschelnunes@gmail.com

² Proposta desenvolvida por Peter Häberle já na década de 70, do século XX. Cf., HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Para tanto, necessário se faz uma breve análise do Estado Moderno, da crise da jurisdição brasileira e da sua relação sinalagmática, em que se espera do Judiciário não somente dar cumprimento às crescentes e novas demandas dos conflitos sociais, mas também como instrumento de efetivação da sua proposta de Estado Democrático e Social de Direito. Por fim, busca-se demonstrar a comunidade e a mediação comunitária na busca de uma nova racionalidade na composição dos conflitos.

2 O ESTADO MODERNO E A CRISE DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

As críticas contemporâneas da soberania se remetem ao modelo clássico westfaliano e sua análise sobre o impacto dos processos de globalização sobre o Estado Moderno, assim se concentrando em quatro aspectos em que se viu afirmada sua autoridade soberana: a economia, a guerra, o direito e a justiça.

Nesse aspecto, o Estado Moderno justificava sua soberania oferecendo ao cidadão uma condição de vida socialmente justa, economicamente eficiente, politicamente coerente e a legítima proteção contra os inimigos, conforme os pressupostos da Revolução Francesa (liberdade, igualdade fraternidade).

Entretanto, o Estado Moderno não pode arcar com os pressupostos anunciados, pois a “razão” que seria o instrumento realizador dos seus objetivos tornou-se, na verdade, o mecanismo de dominação da minoria em face da grande maioria desamparada.

Ademais, se aos cidadãos foi prometido que eles teriam autonomia, igualdade e individualidade, graças à razão emancipadora, o que ocorreu de fato foi a utilização da razão apenas para satisfazer a busca desenfreada pelo lucro e para explorar os mais fracos. Esclarecem Aranha e Martins (1993, p. 125):

[...] quando a racionalidade assume as vestes de razão de Estado ou de razão econômica (como no caso do Brasil), estamos lidando com uma visão parcial e instrumental da razão que tenta adequar meios a fins. É a razão que observa e normaliza, razão que calcula, classifica e domina, em função de interesses de classes e não dos interesses da sociedade como um todo. E, se o poder que oprime fala em nome da racionalidade, para combatê-la parece necessário contestar a própria razão.

Nesse contexto, diante de uma mudança paradigmática da ordem social democrática brasileira³, os conflitos se apresentam mais dinâmicos e os cidadãos com um nível crítico de consciência de justiça e direito, política e economia.

Acrescenta-se ao exposto, consoante Luigi Ferrajoli (2007, p. 48):

O Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais (a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à grande criminalidade –, que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, e que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento das outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: a da unificação nacional e a da pacificação interna.

Assim, a multilateralidade da crise do Estado Moderno alcança de forma significativa a preocupação em nível mundial para encontrar alternativas para desmistificar a sua visão eurocêntrica. Nessa esteira, a sociedade brasileira percebe o Estado Democrático simbólico, com total descrédito e ineficiência, o que representa para o cidadão uma verdadeira “fantasia jurídica da igualdade”⁴.

Dessa forma, juntamente com a crise do Estado, a jurisdição também se encontra em crise, pois os Poderes Executivos e Legislativos passaram ao Poder Judiciário um caráter político de respaldar o exten-

³ Nesse ínterim, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma abertura democrática, o que revela um paradoxo para o autor Holston (2013, p. 34), como podemos observar: “[...] a democracia brasileira avançou de forma significativa nas últimas décadas. Na verdade, tem sido pioneira em inovações que a situam em vanguarda do desenvolvimento democrático do mundo. No entanto, exatamente quando a democracia se enraizou, novos tipos de violência, injustiça, corrupção e impunidade aumentaram dramaticamente.”

⁴ Termo utilizado por Luis Alberto Warat (1992, p. 36-54), criticamente, ao apresentar a atual democracia como uma forma simbólica, bem como por destacar a importância do espaço público como mediador entre as manifestações e reivindicações frente ao poder estatal e jurídico e aos direitos humanos numa pragmática da singularidade.

so rol de direitos fundamentais sociais em nossa Carta Cidadã, ou seja, espera-se do Judiciário não somente dar cumprimento às crescentes e novas demandas dos conflitos sociais, mas também como instrumento de efetivação da sua proposta de Estado Democrático e Social de Direito.

Ao analisar o sistema judicial contemporâneo e suas decisões, lecionam Spengler e Gimenez (2013, p. 33):

Nesta senda, as pessoas, privadas do exercício regular de seus direitos fundamentais, bem como à mercê da atuação estatal em efetivar políticas públicas, recorrem ao Judiciário como uma busca por compensar o déficit social que o Brasil apresenta. Isto é, diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo na efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, a atuação do Poder Judiciário representa um importante instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Assim, acompanhando as lições de Spengler e Gimenez (2013, p. 34), a jurisdição brasileira se apresenta ineficaz, não encontrando instrumentos de paz social e fortalecimento dos laços entre as pessoas; aliás, para essa autora:

O sistema judiciário brasileiro interessa-se pela manutenção da ordem dominante e pelo desenvolvimento econômico, utilizando as decisões judiciais como reflexo de interesses internos ou externos, porém sem refletir sobre as condições do espaço em que focaliza. Esse é o marco por um imenso contingente de pobres e miseráveis, sem acesso ao mínimo existencial, vítimas da marginalização do próprio sistema seletivo.

Nesse diapasão, ressalta-se que a sociedade brasileira foi construída por uma cultura colonial que nós domesticamos⁵, baseada em

⁵ Para Mendes (2003, p. 138), o que se impõe é a derrubada da arquitetura que nós domesticamos, até hoje, em que a anomia é insuportável ao “logos”, sendo necessário apresentar uma saída de seu quadro inercial. Para saída desse quadro de anomia deve-se chegar ao plano dos espelhos, conforme expõe: “o que deparamos, no vestíbulo desse mundo percorrido pelos exponenciais da globalização, é o preço da entropia do discurso da representação, cobrado e medido pela história da complexidade. O que se impõe é a derrubada da arquitetura em que domesticamos, até hoje, a mentação do logos e da subjetividade pelo mito da caverna, do jogo de seu revérberos, para chegar ao plano dos espelhos, em toda a remissão à realidade.”

práticas neoliberais, cuja finalidade de mercado se faz mais presente do que cumprir com a proposta estabelecida em nossa Constituição Federal de 1988 de um Estado Democrático e Social de Direito.

Essa cultura colonial, portanto, transformou o cidadão brasileiro individualista, pautado por interesses particulares, esgotado de alteridade, fraternidade, totalmente antagônico da busca do bem comum, tornando-se uma relação jurídica marginalizada, na qual o Poder Judiciário se encontra sobrecarregado, pois é responsável não só por uma estruturação de seu próprio sistema, mas também como instrumento de sustentação das promessas do Estado moderno.

Nesta ótica, a presente crise se mostra presente nos dois lados da relação jurídica, o que fez com que a crise do Estado Moderno brasileiro refletisse em graves consequências para o Poder Judiciário, a qual pode ser dividida em três instâncias: a crise institucional, a estrutural e a de procedimentos⁶.

Assim, manifesta-se Barroso (2007, p.34), ao referir que:

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduziu a um último desenvolvimento de natureza política, [...]. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser

⁶ Nesse sentido, restam classificadas de forma sucinta as crises expostas: “A crise institucional caracteriza-se com a tripartição de poderes, em que com o advento da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário ganhou independência administrativa e financeira, porém, com o aumento do Poder Executivo e Legislativo, o Judiciário passou a ser o responsável por dirimir os conflitos insurgentes entre esses dois poderes. Assim, o Judiciário passou a ter uma ação verdadeiramente política, mas ainda acostumado a decidir com base em leis já formuladas. A crise estrutural, a qual se refere ao número de magistrados por número de habitantes e, também, à grande proliferação dos cursos de Direito na década de 70, sem preocupação com a qualidade dos cursos. E por fim, a crise de procedimentos, em que a necessidade de modificações processuais para resolver a questão da morosidade, entre outros problemas que assolam o Poder Judiciário (SADEK; ARANTES, 1994, p. 35-41).

um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão dos poderes.

Assim, o papel do juiz não mais se coaduna com aquele regido no final do século XIX, centrado no positivismo exacerbado, passando à chamada jurisdição constitucional, a qual busca uma unificação hermenêutica da Constituição Federal, onde os valores passaram a ser utilizados através da proporcionalidade e subsidiariedade na compreensão e acompanhamento dos novos movimentos sociais.

Destarte, observa-se a importância da jurisdição no cenário brasileiro, fazendo-se necessário, com base no Direito Fraternal de Eligio Restá (2004), apontar uma reflexão para um “novo conceito a partir do velho conceito”, ou seja, uma jurisdição comunitária a partir da jurisdição tradicional, na busca de superar o chamado contratempo⁷ do Estado Moderno, enraizado sob o prisma ocidental, em que se utilizou da “razão” como fundamento ideológico racional-liberal de jurisdição.

3 A COMUNIDADE E O PAPEL DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: POR UM DIREITO FRATERNAL

Convém entender que dentre os fatores geradores das mobilizações, além dos desejos, expectativas e aspirações do chamado “senso comum”, o fenômeno da sociabilidade e da cooperação são encorajadores para a afirmação de uma “comunidade” participativa e auto-organizada.

Dessa maneira, a comunidade deve ser identificada com o direito fraterno, justamente para se desvincular da concepção de comunidade

⁷ O autor conceitua o sentido utilizado de contratempo, “[...] exatamente como quando dizemos ‘faltei ao compromisso porque tive um contratempo’. Indica um andar contra o tempo, um remar em sentido contrário à corrente, um interromper a linearidade ditada pela direção que vai do início ao fim, da partida à chegada. O anacronismo é o lugar das possibilidades contra o mundo das contingências que vencem: por isso, esse é o tempo que não permite, tão facilmente, falar de maneira unívoca do ‘nosso tempo’” (RESTA, 2004, p. 11).

vinculada aos ideais iluministas e jusnaturalistas de fraternidade⁸, isto é, a comunidade dos litigantes, conforme salienta Resta (2004, p. 79):

Quem o faz se fixa numa idéia de comunidade como o somatório de tantos egoísmos inconciliáveis, fundados sobre a representação da polis, como o lugar da rivalidade prepotente e dos conflitos destrutivos para o primado e o domínio.

Ademais, o direito fraterno vinculado à comunidade consiste em pensar em uma esfera pública que parta constitucionalmente da dimensão do valor da humanidade como um lugar comum, em que as duplas opostas são novamente compreendidas através da conscientização da diferença entre “sermos homem” e “termos humanidade”.

A partir da conscientização de que o sistema normativo circunda o “nós” e este “nós” é composto pela própria humanidade, o conflito é realizado sempre e somente pela própria humanidade, portanto, a comunidade fraternal é “um modelo de direito que abandona o confinamento da cidadania e olha para a forma nova de cosmopolitismo que não são os mercados, mas a obrigatoriedade de respeitar os direitos humanos [...]” (2004, p. 135).

Assim, Zygmunt Bauman (2003, p. 7) apresenta o sentido próprio do termo comunidade:

[...] as palavras têm significado: algumas delas, porém, guardam sensações. A palavra ‘comunidade’ é uma delas. Ela sugere uma coisa boa: o que quer que ‘comunidade’ signifique, é bom ‘ter uma comunidade’, ‘estar numa comunidade’ [...]. As companhias ou a sociedade podem ser más; mas não a comunidade. Comunidade, sentimentos, é sempre uma coisa boa.

Nesse sentido, o direito fraterno busca resgatar certo iluminismo centrado na fraternidade. Esta nova proposta, na verdade, aponta para

⁸ A concepção de fraternidade vinculada à concepção jusnaturalista realizada por Norberto Bobbio, em seu livro “A era dos Direitos”, na qual o autor demonstra que a sua construção teórica da fraternidade, está atrelada ao Estado de natureza, conforme expõe: “[...] na realidade, a fraternidade não tem, por si mesma, um valor moral. Tanto a história sagrada quanto a profana mais próxima de nós nascem ambas ‘por um motivo sobre o qual especularam todos os intérpretes ‘de um fratricídio’ (BOBBIO, 1992, p. 30).

uma nova “luz”, uma nova possibilidade de integração entre povos e nações, integração fundamentada no cosmopolitismo, onde as necessidades vitais são suprimidas pelo pacto jurado conjuntamente.

A partir da Constituição Federal de 1988, verifica-se que o sistema construído estimula uma cultura de litígio, em que os procedimentos do vencer e do perder se demonstram evidentes. Dessa perspectiva brasileira, podemos compreender com base em Eligio Restá (2004, p. 112-113):

Quem freqüenta as salas dos tribunais reconhecerá, muitas vezes, no rosto neutro de recorrentes e resistentes, verdadeiros e próprios duelantes que estão ali a demonstrar com a sua presença e com seu comportamento processual, do qual muitas vezes também outros são cúmplices, que a verdadeira razão do conflito jurídico não é um direito controverso, mas é simplesmente a “contraparte”, como se diz na linguagem do processo.

Ademais, em que pese a jurisdição brasileira contenha o monopólio na resolução dos conflitos, observam-se mudanças que superam a visão tradicional, na medida em que o Poder Judiciário não está mais conseguindo proporcionar um eficaz meio de solução dos conflitos diante dos novos movimentos sociais.

Assim, o juiz que se apresentava centralizado no poder de “dizer o Direito”, passa, atualmente, a exercer um papel contramajoritário, ao reconhecer a diferença e o respeito ao multiculturalismo brasileiro, como estratégia política e jurídica de cidadania, a fim de acompanhar os novos movimentos sociais e as práticas sociais baseadas no reconhecimento do “outro”⁹.

Nesse caminho, o Brasil, querendo reduzir a complexidade do sistema judiciário, instaurou novas formas de resolução de conflito através da edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, bem como o novo Código de Processo Civil, apresentando novos contornos para mediação e conciliação.

⁹ Nesse sentido, diante do novo papel dos sistemas sociais em uma sociedade globalizada, Restá (2005) observa que o ciúme deve ser imediatamente substituído por colaboração, pelo pacto entre iguais, pois somente por meio deste será possível construir novas formas constitucionais que sejam, efetivamente, fraternas e inclusivas.

Ambas, a mediação e a conciliação, são instrumentos de autocomposição, isto é, um método de resolução de conflitos entre pessoas, consistindo na busca de uma solução pacífica entre os indivíduos – ou seja – no reconhecimento do verdadeiro direito de cada um e alcançando a verdadeira justiça – o acordo.

Nos dois instrumentos, necessário se faz a presença de um terceiro, entretanto, no caso da conciliação, esse terceiro é uma autoridade competente (juiz de direito, juiz leigo e conciliadores), a qual propõe uma solução à demanda e as partes envolvidas devem aceitar ou não a respectiva solução. Por esse motivo, a mediação é um instrumento mais próspero na resolução de conflitos, pois o terceiro imparcial, que pode ser escolhido ou aceito pelas partes, auxilia os caminhos, apresentando como destaque um maior tempo de diálogo para chegar a um acordo.

Já a mediação chega mais perto da tentativa “ecológica” da redefinição da relação remédio-conflito de Eligio Resta (2004, p. 119), na linha de reflexão de regulação dos conflitos por parte do sistema social, o qual impacta uma radical redefinição do modelo de terceiro, ressaltando:

O paradoxo está no fato de dizer ao juiz que não desenvolva o papel de juiz, isto é, decidir e adjudicar, mas conciliar e mediar; muitas vezes se lhe pede que pacifique sem decidir, quanto o seu papel é tradicionalmente o de decidir sem, necessariamente, pacificar.

A mediação aproxima as partes, na medida em que torna um espaço comum na resolução de conflitos e retira aquele distanciamento do juiz das partes, a qual surge, exatamente, da neutralidade do juiz ao aplicar leis destituídas de valores (derivado da fraternidade iluminista), bem como deriva da sobrecarga de demandas que são dirigidas a ele, em que o tempo é escasso para o diálogo.

Resta (2004, p. 125) coaduna-se com essas reflexões quando resalta que:

Estamos, pois, neste espaço real, entre dois extremos, dentro dos quais a *medietas* conquista a posição difícil, mas rica, do ficar no meio, do compartilhar, do pertencer comum; não é espaço de subtração como aquele ocupado pelo juiz que deve perder a própria identidade e mascarar-se, confundindo-se, no espírito da lei.

[...]

A virtude do mediador é aquela do estar no meio, de compartilhar, e até mesmo do “sujar as mãos”.

E acrescenta, ainda, nesse sentido:

Dito de outra forma, enquanto o juiz é pensado, nos sistemas modernos, como o *nec utrum*, nem um nem outro, nem isto nem aquilo, justamente neutro, o mediador deve ser isto e aquilo, deve perder a neutralidade e perdê-la até o fim.

[...]

O mediador é agora meio para a pacificação, remédio para o conflito graças ao estar entre os conflitantes, nem mais acima, nem mais abaixo, mas no seu meio; ao mesmo tempo, o mediador é aquele que exerce saber e discernimento e, por isso, julga. (RESTA, 2004, p. 126-127)

Nesse sentido, é a ideia da autorregulação dos conflitos por parte de um sistema social, justamente pela complexidade das novas demandas, em que a falta de tempo e valores se mostram como “consequências da modernidade” (GIDDENS, 1991). Enfim, necessárias se fazem novas políticas públicas mediatas que busquem a construção estrutural e cultural da mediação comunitária.

Tal instrumento é capaz de ressignificar o conceito da fraternidade, estabelecendo um vetor de confiança de ter humanidade, isto é, a resolução dos conflitos que são criados pela própria humanidade e por ela resolvidos, em uma comunidade fraterna, através dos mediadores comunitários, assim se afastando do dogmatismo da jurisdição tradicional.

Vale ressaltar a importância do processo judicial no caminho da legalidade, mas necessárias também se fazem políticas públicas mediatas de tratamento adequado do conflito e não políticas de soluções imediatas. Dessa perspectiva:

Ninguém nega o valor do processo judiciário no caminho da legalidade moderna, mas disso inferir a perenidade do “monopólio estatal da jurisdição” e a racionalidade da competência generalizada do juiz sobre cada gênero de conflito, obviamente, é algo que não se cogita. (RESTA, 2004, p. 115)

No Brasil, necessário se faz cultivar a alternativa fraterna da mediação comunitária de resolução de conflitos, ainda mais diante da cultura brasileira de judicialização de conflitos, não generalizando, pois há suas exceções, mas essa coisificação dos conflitos é gerada tanto pelo cidadão na ilusão ou interesses materiais quanto por técnicos de direito, os advogados. Nesse sentido, indo um pouco mais além, o cerne do problema começa pelo ensino do direito na industrialização de advogados litigantes.

Assim, conforme o entendimento das autoras Spengler e Wüst (2013, p. 14), busca-se uma nova racionalidade de composição de conflitos através de sua desjudicialização, como expõem:

Nestes termos, conclui-se que outras entidades são perfeitamente capazes de promover políticas públicas, principalmente pela ineficiência do Estado, o qual está gradativamente perdendo o seu monopólio. Momento em que surgem métodos diferenciados de tratar as controvérsias que propõem a desjudicialização do conflito, o qual é analisado em outros centros decisórios diversos do Poder Judiciário, como a comunidade. O que se pretende é que o conflito possa ser tratado de forma harmoniosa, buscando uma nova racionalidade de composição do mesmo, convencionada entre as partes.

Portanto, necessário se faz cultivar perspectivas de novos espaços e arranjos de resolução de conflitos pela mediação comunitária, abrindo caminhos, cada vez mais, para o reconhecimento compartilhado dos laços sociais, antecipando a maximização dos benefícios em prol da fraternidade. Enfim, busca-se resgatar, através do direito fraterno, uma jurisdição mínima, tal qual representa o instituto de mediação comunitária, pois esta se densifica como um “locus” privilegiado para a resolução dos conflitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação comunitária apresenta-se como alternativa para a crise da jurisdição tradicional brasileira, tornando a comunidade um “locus” fraternal de resolução de conflitos, não apenas por fortalecer e fomentar a participação de seus membros na vida social da comunidade, mas também como instrumento de ressignificação do conceito de fraternidade.

Ademais, a cultura de judicialização dos conflitos transformou o cidadão brasileiro individualista, pautado por interesses particulares, esgotado de alteridade, fraternidade, totalmente antagônico da busca do bem comum. Da mesma forma, nota-se que o Poder Judiciário, detentor do monopólio estatal, se encontra sobrecarregado, pois é atualmente responsável não somente por uma estruturação de seu próprio sistema, mas também com caráter político de sustentação das promessas do Estado moderno.

No entanto, necessário se faz uma abertura ao monopólio jurisdicional do Estado, pois notória se faz a utilização da mediação comunitária como política pública de tratamento eficaz dos conflitos, ou seja, ela é um importante instrumento de desenvolvimento social. Em suma, a mediação comunitária, como política pública para o Brasil, se mostra como uma excelente resposta para os tratamentos de conflitos, justamente pela complexidade das novas demandas, em que a falta de tempo e de valores tornaram-se emergentes políticas mediatas na construção cultural e estrutural deste instrumento de autorregulação de conflitos pela comunidade fraternal.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. São Paulo: Moderna, 1993.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n^o 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoesta.do.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 jan, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 7^a tir. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

CONFIANÇA: A BUSCA DA AUTÊNTICA EFETIVIDADE NA MEDIAÇÃO¹

BRUNA ESCOBAR TEIXEIRA²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade está enfrentando uma relevante preocupação pela segurança. Há um desacordo constante sobre normas, princípios, regras ou simplesmente, pensamentos e opiniões que elevam de patamar a mais simples das controvérsias e, ainda, alimentado por uma incerteza de fragilidade que assombra cada indivíduo em sua comunidade.

Nesse cenário, a desconfiança e os conflitos prevalecem. Há muitos sentimentos por trás da confiança. Talvez, o que fica evidente, é o pensamento sobre o que será que de mal ou constrangedor acontecerá se houver o depósito da confiança. Não há solidariedade pela desconfiança.

Dessa forma, questiona-se uma maneira de, na mediação, conferir efetividade ao acordo estabelecido pelas partes e, mais importante, possibilitar aos conflitantes a resolução do conflito invisível, sendo este o que carrega os demais problemas aparentes, para que, assim, o conflito não se transforme em um confronto de proporções inimagináveis e irresolúveis.

¹ Artigo vinculado à disciplina Limites e Possibilidades da Mediação Comunitária/Popular do curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* Mestrado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - *Campus* Santo Ângelo, orientado pela Professora Doutora Charlise Paula Colet Gimenez.

² Mestranda em Direitos Especiais pela Universidade Regional Integrada Alto Uruguai e das Missões (URI) - *Campus* Santo Ângelo. Integrante do grupo de pesquisa Tutela dos Direitos e sua Efetividade, vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado e Doutorado da URI. E-mail: bruna-escobar@hotmail.com

Assim, para alcançar o objetivo exposto, este artigo analisa, inicialmente, o paradoxo do homem duplicado mencionado pelo sociólogo Ralf Dahrendorf; após, avalia o conceito de autenticidade e sua importância para mediação e, por fim, propõe formas de construir um vínculo de sinceridade, a relevância do poder de sensibilidade diante dos sentimentos das partes, bem como a adoção da técnica do *rappont* para haver confiança.

2 O HOMEM DUPLIFICADO EM DAHRENDORF

A sociologia se torna irritante quando apresenta determinados tipos de homens. Como cita Dahrendorf (1991, p. 38), a sociologia mal discutiu sobre o *homo oeconomicus* e o *psychological man* e já aponta para a existência do *homo sociologicus* e do *homo politicus*. Nesse sentido, ganha espaço a busca pelo homem que pode ser mediado.

Dahrendorf (1991, p. 37) inicia explicando que a ciência social apresentou dois tipos de homens. Um é o denominado *homo oeconomicus*, é o consumidor que é atencioso sobre a utilidade e custo da compra, compara antes de comprar; “o empresário que reúne mentalmente todos os mercados e bolsas de valores, orientando todas as tomadas de decisão a partir deste conhecimento; o homem bem informado, completamente racionalizado”. O outro homem é o *psychological man* que faz o bem, mas deseja o mal, o homem que é ardiloso, “que não se torna mais conhecido pelo fato de termos aformoseado em uma espécie de divertimento social. Tu me odeias? Isto significa, em última análise, que ‘em realidade’ me amas” (DAHRENDORF, 1991, p. 37).

Compreende-se que os denominados homens, economista e psicólogo, formam um homem artificial. Entretanto, existe o homem real que não ganha espaço atualmente. Contudo, “o desenvolvimento acelerado das ciências sociais traz em seu bojo dois novos homens científicos, o ser humano da sociologia e o da ciência política” (DAHRENDORF, 1991, p. 38).

O *homo sociologicus* encontra-se no ponto de interseção entre indivíduo e sociedade, pois é portador de papéis sociais. Assim, para resolver problemas, a sociologia se utiliza da referência dos papéis sociais como elemento da análise sobre as suas estruturas. A análise sociológica que reconstrói o homem enquanto *homo sociologicus* cria

para si novamente o problema moral e filosófico de como se relaciona o homem artificial da sociologia, com o homem real de nossa vida diária (DAHRENDORF, 1991, p. 41-42). Portanto, o homem como portador de papéis não é uma imagem da realidade, mas uma construção científica.

Os papéis sociais podem ser interpretados como pessoa, caráter e máscara e várias associações podem ser feitas. Todas as palavras

- 1) designam algo preexistente ao ator; algo existente fora dele;
- 2) este algo preexistente pode ser descrito como um complexo de modos de comportamento que, por sua vez,
- 3) com outras formas de comportamento formam o todo, apesar de ser uma parte;
- 4) como essas formas de comportamento são impostas ao ator; o mesmo precisa aprendê-las para desempenhá-las;
- 5) do ponto de vista do ator, nenhum papel, nenhuma *persona dramatis*, é excluyente; o ator pode aprender a desempenhar uma multiplicidade de papéis. (DAHRENDORF, 1991, p. 43-44)

Após analisar as características dos papéis, observa-se, no âmbito do teatro, a sua metáfora (o teatro é uma metáfora do mundo e da vida). “Por trás de todos os papéis, pessoas de máscara, permanece o ator como algo específico, não afetado por estes. Não são essenciais a ele. Somente quando deles se desvincula, o ator se torna ele mesmo” (DAHRENDORF, 1991, p. 44).

Todavia, em uma peça teatral de dimensões gigantescas, ao indivíduo somente compete uma única máscara, um papel. Considerando a metáfora na realidade humana, racionalizável e transmitida para a vida do indivíduo “ao indivíduo são atribuídos diversos papéis sociais ou ‘pessoas’” (DAHRENDORF, 1991, p. 45).

Dahrendorf (1991, p. 46) definiu o papel social como “uma forma de comportamento preestabelecido para uma regra e comportamento individual”.

Não se pode olvidar que não há como escapar do fenômeno da sociedade, e nela é preciso ocupar uma posição. E, para cada posição, a sociedade atribui modos de comportamentos, de maneira que “o portador de tais posições se defronta em relação aos quais precisa tomar uma posição. Aceitando e cumprindo as exigências que lhe são impostas, o indivíduo renuncia a sua individualidade, mas merece a benevolência da sociedade na qual vive” (DAHRENDORF, 1991, p. 48).

Porém, se o indivíduo resistir às exigências da sociedade, “poderá conservar uma independência abstrata, mas inútil, expondo-se, porém à ira e às pressões da sociedade” (DAHRENDORF, 1991, p. 48). Logo, o *homo sociologicus* é o homem que faz aparições no palco da vida e que usa a máscara de caráter, conceituada por Marx, ou se utiliza de papel social, definida por Shakespeare.

Em se tratando de papéis, observa-se que “o indivíduo não somente pode, mas deve, via de regra, ocupar uma pluralidade de posições, e é de supor que o número de posições que cabe a cada um cresce com a complexidade das sociedades” (DAHRENDORF, 1991, p. 52).

Os homens possuem inúmeros papéis que relatam algo sobre seu cotidiano. Entretanto, esses papéis “não nos fornecem esclarecimentos sobre sua personalidade” (DAHRENDORF, 1991, p. 53). “É verdade que as posições nos fornecem um conhecimento estritamente formal. Informam-nos a respeito de com que campos de relações sociais [...] está vinculado, com quem entra em contatos sociais, sem, todavia, revelar algo a respeito da natureza de tais relações” (DAHRENDORF, 1991, p. 53). Do ponto de vista da sociedade e da sociologia,

[...] a aprendizagem das expectativas de comportamento é um processo que, transformando o homem em *homo sociologicus*, o torna acessível e lhe confere significado. O homem despido de papéis é um ser inexistente para a sociedade e a sociologia. Para tornar-se parte da sociedade e objeto da análise sociológica, o homem “puro” deve ser socializado, acorrentado à sociedade e com isso transformado em seu membro. Através da observação, imitação, doutrinação e aprendizagem consciente deve crescer nas formas que a sociedade reserva para ele como portador de suas posições. (DAHRENDORF, 1991, p. 78)

Nesse sentido, “o processo de socialização é sempre um processo de despersonalização; ao final, a liberdade e a individualidade são suprimidas através do controle e da generalidade dos papéis sociais” (DAHRENDORF, 1991, p. 79).

Sobre as consequências dos papéis, observa-se que as expectativas de papéis, “cuja aprendizagem a sociedade nos impõe, podem multiplicar o nosso conhecimento; porém também podem obrigar-nos a repressões, conduzir-nos a conflitos e com isso atingir-nos profundamente” (DAHRENDORF, 1991, p. 79).

No entanto, “por mais que tais reflexões possam diminuir em alguns pontos o rigor e a ameaça do paradoxo entre *homo sociologicus* e homem total” (DAHRENDORF, 1991, p. 80), existe, e não há como negar, uma incompatibilidade entre os homens.

Assim, determina-se que “o comportamento do *homo sociologicus*, [...] não “pode ser determinado através de outros fatores a não ser aqueles dados pela posição. Formas de comportamento que variam de indivíduo para indivíduo caracterizam o homem de nossa experiência diária, mas não o ‘*homo sociologicus*’” (DAHRENDORF, 1991, p. 90).

Os sociólogos não tratam do homem global, de seus sentimentos, desejos e singularidades. Tratam sobre “sobre o *homo sociologicus*, portanto sobre o homem em uma forma alienada em portador de posições e ator de papéis” (DAHRENDORF, 1991, p. 99). Tratam não o homem, mas o motorista (papéis) que sofreu uma penalidade por dirigir em alta velocidade.

Mas, “e o homem? O que faz ele? O que pode fazer, não sendo portador de uma posição e ator de um papel, despojado de sua individualidade e condenado a ser um exemplar (unidade)?” (DAHRENDORF, 1991, p. 99). Eis o paradoxo do homem duplicado.

Para Kant, *homo sociologicus*, “é o homem na proscricção da legitimidade natural do qual cada passo representa apenas um elo em uma corrente de relações reconhecíveis; o indivíduo total, ao contrário, não se deixa enquadrar em nenhuma de tais correntes, é livre” (DAHRENDORF, 1991, p. 104).

Entretanto, “habitante da terra e habitante de um país são duas formas de acepção de um mesmo objeto” (DAHRENDORF, 1991, p. 105-106), ou seja, o homem. Logo, é possível no homem, os dois conceitos. São definições que apenas se alimentam de diversas fontes de conhecimento. O *homo sociologicus* pode ser caracterizado como os nove caracteres³, papéis de um sujeito, já o homem global diz respeito ao décimo caráter. Assim, não se encontra nenhuma forma de contradição.

³ Dahrendorf (1991, p. 100-101) analisa o habitante da terra que apresenta nove características e pode, ainda, apresentar uma décima. São características que são suas, mas que não as criou, enquanto as aceita, dissolve-as. O sujeito não é apenas a soma de seus caracteres, não é somente habitante de um país, mas também habitante do mundo e, como tal, livre de todos os elos que o ligam à sociedade. Seu décimo caráter é mais do que um complemento dos outros nove, domina um mundo todo e não permite outros caracteres além de si, é o parêntesis que sintetiza e suspende todos os demais caracteres.

A partir dessa reflexão, pergunta-se, qual o homem que pode ser mediado?

Luis Alberto Warat (2004, p. 20) ensina que, para ser mediado, é preciso encontrar o ser autêntico. Para isso, é preciso esvaziar o interior ou impedir que o indivíduo se encha novamente, assim como o homem global, íntegro e livre.

Se o homem permanecer cheio de papéis, posições, “é difícil crescer, viver, amar, vincular-se porque carregamos toneladas de saberes que temos medo de abandonar, na incerteza das formas de sua substituição” (WARAT, 2004, p. 21).

Para a sociedade e a sociologia, o homem existe quando é socializado. Outrossim, o homem puro é alienado, despersonalizado e completo de autenticidade.

3 O QUE ESTÁ POR TRÁS DO SER AUTÊNTICO

Para ficar mediado, é necessário ser autêntico. Para Warat (2004, p. 24), o segredo é a autenticidade. E mais, a autenticidade também é o problema. O ser humano esconde-se atrás do autêntico por querer aparentar algo ou, na maioria das vezes, por não saber qual o “eu” autêntico. Sentir ódio, raiva, rancor é fácil, são sentimentos influenciados por situações externas. Mas até que ponto o autêntico é, também, influenciado e deixa de ser o “eu” autêntico?

Quando se aborda a autenticidade, aproxima-se do falso, antônimo de autêntico. A partir desse pensamento, há um pressuposto de que, para “ser autêntico é preciso estar consciente que não há ninguém para ser enganado” (WARAT, 2004, p. 24). Ao tentar fugir ou esconder a autenticidade, a pessoa enganada será ela mesma.

A sinceridade pressupõe refletir sobre os sentimentos que causam uma situação desagradável. Warat (2004, p. 24) denomina esta reflexão como abrir a porta do inferno. Só assim é possível abrir a porta do céu, após atravessar a dolorida reflexão da porta do inferno.

Dessa forma, “os mediadores que apostam no céu se equivocam. Ninguém pode criar o céu para outro, unicamente, pode estimular o inferno, para que o outro possa chegar ao céu. Quem não passa pela raiva, o ciúme, a dor, não pode alcançar o amor” (WARAT, 2004, p. 25).

Da mesma maneira, “o mediador deve usar toda a sua sabedoria para conseguir deixar o problema fervendo. Se deixar as partes mornas, será inútil o trabalho, pois elas ficarão novamente frias” (WARAT, 2004, p. 25). Para ficar mediado é necessário chegar ao ponto de ebulição, à transformação alquímica⁴.

Outro aspecto da autenticidade é o das instituições, mencionado por Warat (2004, p. 25): “As instituições matam a espontaneidade. As pessoas vivem nas instituições, não na vida. A vida toda tornou-se uma instituição, onde os deveres têm que ser cumpridos, onde um modelo tem que ser seguido”.

Esta passagem lembra o pensamento de Dahrendorf (1991, p. 46). O autor explica que o ator ou o papel passa a se incorporar ao indivíduo. Fato esse que dificulta identificar o ponto de interseção que ocorreu entre o indivíduo e a sociedade.

A sociedade, composta pelas instituições, se apropriou do indivíduo, de tal forma que, Dahrendorf (1991, p. 57-58) apresenta a característica da punição para o indivíduo que não pratica o comportamento ideal do papel que deveria possuir. O efeito das sanções pode ser demonstrado nas expectativas de papéis, para cuja manutenção é responsável o poder da lei e das instituições jurídicas.

Desse modo, é possível dizer que o ser humano autêntico, harmonizado ou mediado, “é aquele que rompe com as instituições e vive espontaneamente, sem ser prisioneiro de uma mente que acredita assegurar os acontecimentos” (WARAT, 2004, p. 25).

Ser humanizado é refletir sobre o que é falso ou sobre quais são as respostas. Mas também é observar atentamente ao mundo e ser sensível considerando o interior real, sem levar em conta as razões (WARAT, 2004, p. 25).

⁴ Quando Luis Alberto Warat menciona transformação alquímica, talvez, refere-se a alquimia no espiritismo. Alquimia é uma prática antiga que combina elementos da Química, Antropologia, Astrologia, Magia, Filosofia, Metalurgia, Matemática, Misticismo e Religião. Existem quatro objetivos principais na sua prática. Um deles seria a transmutação dos metais inferiores ao ouro. A ideia da transformação de metais em ouro, acredita-se estar diretamente ligada a uma metáfora de mudança de consciência. A pedra seria a mente “ignorante” que é transformada em “ouro”, ou seja, sabedoria. (Disponível em: <<http://www.acasadoespiritismo.com.br/temas/alquimia.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

Uma observação resultante do ser humanizado é que o olhar atento ao mundo pode significar o processo de humanização pela cultura e “esta é a invenção de uma ordem simbólica que permite ao homem atribuir à realidade novas significações” (KUPIEC; NEITZEL; CARVALHO, 2014, p. 164). Explicam os autores que o direito à cultura é essencial para que o indivíduo construa sua própria cultura. É a partir da cultura que o homem pratica características essenciais, como o exercício da reflexão, o senso da beleza, entre outros (2014, p. 164).

Em suma, “o acesso a bens imateriais é vital ao homem para a produção da sua cultura e para o próprio processo de humanização” (KUPIEC; NEITZEL; CARVALHO, 2014, p. 164).

Tendo em vista a ligação apresentada, seria possível imaginar que a cultura é a grande causadora das transformações dos “eu autênticos” na sociedade?

Para responder aos questionamentos acima, é relevante estudar a relação entre autenticidade e multiculturalismo por intermédio dos autores Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira, Felipe Augusto da Cruz Rocha e Rafael Esteves Cardoso, em um artigo intitulado “A Ética da Autenticidade na Concepção Multiculturalista de Charles Taylor”.

Os autores ressaltam que a formação da identidade sofre influência de um ideal de autenticidade, que não é absoluto, eis que ilimitado de construções e de sentidos sociais, bem como não visto apenas como afirmação de individualidades, e sim guiado por padrões éticos (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 19).

No entanto, Charles Taylor observou que a sociedade moderna é marcada por um individualismo extremado que pretende dispensar qualquer ligação externa para definir a identidade das pessoas (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 20).

Nota-se que o indivíduo não é autossuficiente e “a sobrevivência humana depende da cooperação e do mutualismo, caso contrário, resta inviável a manutenção da sociedade humana” (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 21). Porém, “não se pode olvidar que o desenvolvimento pessoal necessita igualmente da autonomia individual” (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 21).

Assim, avalia-se de que forma as sociedades contemporâneas, multiculturais, permitem a criação das identidades dos indivíduos, pre-

servando os grupos minoritários. Essa criação é possível através de uma política de reconhecimento (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 21).

Entende-se que “o reconhecimento, ou sua ausência, tem direta repercussão no delineamento da identidade dos indivíduos. A relação entre identidade e reconhecimento funda-se no pressuposto que a vida humana tem um caráter fundamentalmente dialógico” (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 21). Isso decorre de algumas transformações na sociedade moderna, como a queda de hierarquias sociais, “que ensejavam desigualdades vinculadas ao conceito de honras, atribuídas apenas a indivíduos situados em uma posição superior na sociedade” (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 24).

A partir do século XVIII, a identidade deixa de ser externa, baseada na honra, e passa a ser interna, fundamentada na dignidade de cada um, fazendo com que o próprio indivíduo a preencha, e não mais, a partir da percepção de forças exteriores (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 24). Tal transformação ocorre porque o ser humano se torna dotado de um sentido moral e de um sentimento intuitivo acerca do que é certo ou errado. Assim, os argumentos são buscados na razão e não no âmbito externo.

Por intermédio dessa transformação, surge o princípio da originalidade, onde “cada ser humano tem sua própria medida, isto é, que cada pessoa tem um modo específico e original de ser humano” (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 25).

Nessa nova construção, depara-se com o problema da autenticidade, pois “a originalidade se faz necessária, caso contrário, o homem estará simplesmente absorvendo e replicando tudo que se encontra à sua volta, ou que tenha poder de influenciá-lo na construção do eu” (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 25).

A autenticidade defendida por Taylor supõe alguns princípios:

(A) Envolve (i) criação e construção, assim como descoberta, (ii) originalidade e, frequentemente, (iii) oposição às regras da sociedade e mesmo potencialmente ao que reconhecemos como moralidade. Contudo, também é verdade, como vimos, que (B) requer (i) abertura aos horizontes de significado (visto que de outro modo a criação perde o pano de fundo que pode salvá-la da insignificância) e (ii) uma autodefinição no diálogo. A noção de

autenticidade, portanto, não é rejeitada por Taylor [...]. No entanto, a autenticidade não pode ser sustentada em uma identidade autorreferencial, baseando-se apenas em um subjetivismo extremado, devendo ser delineada através de um diálogo com uma ordem normativa de regras e usos socialmente estabelecida, a qual o indivíduo deve adaptar-se. Assim, a escolha deste ou daquele modo de viver, que efetivamente fazemos, se dá, portanto, dentro de uma sociedade institucionalizada, que delimita nossos graus de liberdade. (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 27-28)

Desse modo, “assumir a própria identidade no contexto de sua cultura, isto é, da tradição na qual o indivíduo está inserido é a base da autenticidade e é a partir deste diálogo que se torna possível a constituição das identidades”. Trata-se aqui de uma autodefinição no diálogo (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 28). Os autores relatam, ainda, que

[...] a tomada coletiva de decisões exige inicialmente que cada indivíduo reconheça e assuma a tradição em que está inserido. A partir disso, cada um deverá compreender a tradição das outras pessoas em um diálogo nos termos da tradição destas últimas, e não com base nos termos de sua própria tradição, o que requer uma “tradução das tradições”, conforme afirma MacIntyre. Somente deste modo seriam possíveis o diálogo e o consenso coletivos. (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 28)

Assim, para Taylor, “a autenticidade é uma ação em que se origina em ser verdadeiro a nós mesmos, com isso, para ele só é possível alcançá-lo integralmente se houver o reconhecimento que há algo maior que necessita estar conectado a este sentimento” (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 31). Também afirma,

[...] que o ideal de autenticidade só será plenamente realizado se orientado por determinados parâmetros objetivos, externos ao sujeito, que servem de critério para a valoração das ações individuais. Dessa forma, a autenticidade é reforçada pelo diálogo, por um reconhecimento social. O indivíduo só será capaz de formar sua identidade através de diálogos com outros indivíduos e com os elementos da ordem normativa da sociedade na qual está inserido. (SILVEIRA; ROCHA; CARDOSO, 2012, p. 32)

O autêntico é necessário para a mediação. Observou-se que ser autêntico possui um aspecto individual e cultural e que, portanto, influencia, diretamente, a maneira de pensar dos indivíduos. É interessante lembrar que os conflitos que surgem, hodiernamente, estão relacionados às diferentes autenticidades, identidades existentes.

De acordo com os ensinamentos de Warat (2004, p. 40), na psicoterapia do reencontro, ou seja, na mediação, se tenta ajudar as pessoas para que possam encontrar-se para então reencontrar o outro e construir vínculos a partir de suas identidades.

Identificar o próprio autêntico e o da outra pessoa é o primeiro passo para entender que o conflito é natural e que confiar no outro mediando e no mediador é essencial para a resolução do conflito.

4 A CONSTRUÇÃO DA CONFIANÇA

Na mediação, há muitos estudos que tratam sobre o princípio da confidencialidade. Para Ana Filipa Camacho da Costa (2014, p. 17), é dever do mediador e das outras partes envolvidas, como o advogado, assegurar a confidencialidade. Para a autora, esse princípio permite “estabelecer um ambiente de confiança e de abertura, determinante para que as partes se sintam confortáveis na partilha de todas as informações necessárias para acordar uma solução”.

Caso contrário, “as partes poderiam não estar plenamente disponíveis para divulgar certas informações por receio de que estas pudessem ser utilizadas contra si num processo judicial ou numa arbitragem” (COSTA, 2014, p. 17).

De acordo com o Manual de Mediação Judicial (AZEVEDO, 2016, p. 213) fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça, “a confidencialidade das informações dentro do processo de mediação é um outro fator que influencia na construção de uma relação de confiança das partes com o mediador”.

Desta forma, “quando as partes sabem que nada do que foi dito no processo de mediação poderá ser usado em outro processo ou ambiente em seu desfavor, sentem-se muito mais à vontade para revelar informações importantes acerca da controvérsia” (AZEVEDO, 2016, p. 213).

Como forma de garantir a confidencialidade, no início da mediação, o mediador deve manifestar-se sobre qualquer tipo de contato com qualquer das partes. Ademais, deve explicar que as anotações feitas durante as sessões serão descartadas. E, ao final da sessão, se contar o caso aos colegas ou supervisores, deve agir de forma cautelosa para não identificar as partes (AZEVEDO, 2016, p. 213-214).

Em meio a princípios e ferramentas mencionadas no Manual de Mediação Judicial, percebe-se que não há aprofundamento ou “discussões sistematizadas sobre emoções que envolvem os seres humanos e que, se bem administradas, podem auxiliar na gestão dos conflitos” (SALES, 2016, p. 969).

O gerenciamento de emoções contribui para que ocorra confiança nos mediadores. Ademais, o princípio da confidencialidade não é suficiente para criar um clima de confiança e sinceridade. Isso, porque o confiar no mediador depende, também, do mediado estar disposto a ser sincero e resolver o conflito invisível. Esta sinceridade deve acontecer para que o conflito realmente se extinga, o acordo se cumpra, para que o conflito não volte a ocorrer e para que os mediados passem a dialogar, futuramente, sem a necessidade de um terceiro.

Assim, cabe ao mediador a utilização do seu poder de sensibilidade e também, a utilização da técnica *rapport*⁵ quando observar que há ausência de autenticidade no presente diálogo.

O poder de sensibilidade relaciona-se com o que há de oculto em um conflito e que não pode ser entendido e sim, sentido. “Se tentarmos entendê-lo, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema” (WARAT, 2004, p. 26).

O conflito costuma a se transformar e não desaparecer quando o mediador intervém no conflito. O mediador “tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação (WARAT, 2004, p. 26).

Ainda, para alcançar a sensibilidade, “cabe ao mediador compreender esses sentimentos e ser humilde para escutar e não impor decisões” (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 244).

⁵ Etimologicamente, *rapport* é um termo francês que, entre outras acepções, significa ligação, afinidade, semelhança, enfim, sintonia numa relação. O verbo *rapporter* significa “trazer de novo”, reconduzir e importar (CORRÊA, 1998, p. 49).

Quando as pessoas interpretam, encobrem-se ou tentam dominar e quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem. Conforme Warat (2004, p. 26), o sentimento sente-se em silêncio e, geralmente, as pessoas fogem do silêncio, ou seja, do sentir e escondem-se nas palavras interpretadas.

Também, “para não nos escondermos é preciso começarmos por ser autênticos, íntegros na raiva, na dor, no amor” (WARAT, 2004, p. 26).

A percepção do sentimento do mediando é essencial para que o mediador garanta a confiança. Ademais, para reforçar os laços de confiança, pode-se utilizar do *rapport*.

Para o Conselho Nacional Justiça, *rapport* consiste

[...] no relacionamento harmonioso ou estado de compreensão recíproca no qual por simpatia, empatia ou outros fatores se gera confiança e comprometimento recíproco – no caso da mediação com o processo em si, suas regras e objetivos. Há autores que sustentam que o *rapport* sempre envolve três elementos: atenção mútua, sentimento positivo compartilhado e um dueto não verbal bem coordenado. Quando esses três fatores coexistem, catalisamos o *rapport*. (AZEVEDO, 2016, p. 174)

Rapport é uma técnica empregada na psicologia, na relação terapêutica. Segundo Beck (1977, p. 39, *apud* OTERO, 2001, p. 87), a técnica

[...] consiste em uma combinação de componentes emocionais e intelectuais. Quando este tipo de relacionamento é estabelecido, o paciente percebe o terapeuta como alguém (a) que está sintonizado com seus sentimentos e atitudes, (b) que é simpático, empático e compreensivo, (c) que o aceita com todos os seus “defeitos”, (d) com quem ele pode comunicar-se sem ter que detalhar seus sentimentos e atitudes ou qualificar o que diz. Quando o “*rapport*” é ideal, o paciente e o terapeuta sentem-se seguros e razoavelmente confortáveis um com o outro. Nenhum dos dois está defensivo, excessivamente cauteloso, hesitante ou inibido.

No âmbito da psicologia, o *rapport* trata-se de “uma coreografia emocional e corporal em que ocorre uma intensa responsividade mútua que pode facilitar em muito o processo de construção de vínculo na terapia” (NEUBERN, 2012, p. 321).

Incluem-se na técnica de *rapport* as expressões faciais, a gestualidade, a intensidade e ritmo da voz, dentre outros, “que facilitam a criação de laços emocionais que se situam além da linguagem e atuam de forma significativa na produção de um contexto favorável ao processo terapêutico” (NEUBERN, 2012, p. 321).

É possível extrair da técnica duas consequências de grande relevância. A primeira é a demonstração de interesse pelo paciente e o diálogo sobre a vida e não sobre a dor. No âmbito da mediação, essa primeira consequência volta-se ao poder de sensibilidade, onde o mediador trata dos sentimentos e não do conflito. Nesta primeira consequência, “o paciente pode se colocar, com propriedade, a respeito de temas e questões de seu cotidiano em que seu saber e suas potencialidades também são valorizados e reconhecidos” (NEUBERN, 2012, p. 331).

O autor salienta que nessa forma de relação há uma motivação por parte do paciente, eis que este percebe ter o poder de influenciar ativamente sua experiência, por exemplo, no momento em que modifica determinadas formas de relação ou crenças (NEUBERN, 2012, p. 331).

Por outro lado, essa relação também se preocupa pela busca de soluções quando o paciente transforma a dor vivida em uma experiência cotidiana, em que outras formas de pensar e agir podem ser realizadas.

Vale dizer que “a conversação avança de maneira a moldar a relação com temas e narrativas, auxiliando o sujeito a se movimentar de outras formas” (NEUBERN, 2012, p. 331).

Com isso, é importante mencionar a técnica utilizada também no âmbito jornalístico. Nessa área, o *rapport* é uma estratégia natural na comunicação humana que reconhece “a existência de inúmeros caminhos e individualidades envolvidas no processo” (CORRÊA, 1998, p. 49). Complementa o autor, afirmando que “o mero conhecimento desses elementos do comportamento pode e deve ser utilizado para se estabelecer um relacionamento marcado pela segurança e pela eficácia nas tentativas de interação” (CORRÊA, 1998, p. 49).

Conforme Spengler (2016, p. 49), “antes do início da mediação é necessário construir o *rapport*, pois ele é o maior fator na aceitação do mediador. O *rapport* se refere ao grau de liberdade na comunicação das partes e à qualidade do contato humano”. A técnica expressa a aceitação do mediador e a confiança no trabalho do mediador.

Muitas vezes o elo de confiança entre mediador e mediados tem começo logo no primeiro contato e em questão de poucos minutos a afinidade surge e gera confiança, o que permitirá um procedimento de mediação efetivo. Nesses termos, o *rapport* “varia de acordo com as pessoas e pode ser muito rápido para o fim de garantir a empatia e a harmonia do trabalho ou não. A qualidade no relacionamento – sintonia, confiança, empatia – é pressuposto da solução mais adequada para o conflito” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 56).

O Conselho Nacional de Justiça, por intermédio do Manual de Mediação Judicial (2016, p. 202), apresenta ferramentas para estabelecer uma relação de confiança. “Quando as partes sentem que seus sentimentos e emoções foram bem recebidos e compreendidos pelo mediador, acreditam que podem confiar no processo e no mediador”.

Da mesma forma, “os efeitos de uma boa relação de confiança promovem uma melhor eficiência do processo no sentido de que facilitam a obtenção de informações e tornam a atuação do mediador muito mais simples” (AZEVEDO, 2016, p. 202).

Além disso, o estabelecimento de um clima de confiança pelo mediador permite que as partes possam “compartir tarefas e informações relevantes, aumentando a capacidade dos envolvidos de comunicarem-se e compreenderem sentimentos mútuos, desenvolvendo conjuntamente as decisões” (KLUNK; SILVEIRA; WRASSE, 2013, p. 104).

É interessante notar que a relação de confiança na mediação é demasiadamente relevante quando se está diante de um conflito falso. Conforme Morton Deutsch (2004, p. 39), conflito falso

[...] é a ocorrência do conflito quando não há base para ele. Este conflito sempre indica má percepção ou má-compreensão. Dada a notória inexactidão na percepção realizada pelos indivíduos, grupos ou nações, não é improvável que tais conflitos sejam frequentes. Um conflito pode, logicamente, iniciar-se como falso mas eliciar novos motivos e comportamentos que o transformem em verdadeiro. Uma transformação como essa é mais provável de ocorrer em uma atmosfera de competitividade e suspeição do que em uma de cooperação e confiança.

O conflito mencionado é um dos tipos de conflito em que a “eficiência do mediador está relacionada à confiança que as partes depo-

sitam nele e à segurança de que alguns pontos debatidos em mediação não poderão ser utilizados como prova em um processo judicial” (ESTIVALET, 2015, p. 106). Nestes conflitos, “os mediadores vão instigando os conflitantes a dialogarem mais e a procurarem uma solução benéfica para ambos, pois o principal objetivo da mediação é justamente restabelecer o diálogo franco, a escuta, o respeito e o entendimento do outro” (KNOD; GOMES, 2015, p. 153).

Ainda, sobre a técnica do *rapport*, o referido Manual dita determinados comportamentos que são apresentados como estratégias de atuação do mediador (ouvir as partes ativamente, concentração na resolução da disputa, imparcialidade e receptividade, sensibilidade do mediador; evitar preconceitos, separar as pessoas do problema, despolarização do conflito, reconhecimento e validação de sentimentos, o silêncio na mediação); compreensão do caso (identificação de questões, interesses e sentimentos, fragmentar as questões, recontextualizar); o tom da mediação (linguagem não verbal, comunicação acessível, linguagem neutra, o ritmo da mediação); empoderamento das partes (reforçar o que já foi realizado, enfocar no futuro); necessidades e dificuldades das partes (reconhecer e endereçar as necessidades e dificuldades das partes, desmistificação do processo); imparcialidade (oferecer uma imagem de imparcialidade, não julgar as aparências, filtrar percepções tendenciosas, não influenciar opiniões) e confidencialidade e suas garantias (AZEVEDO, 2016, p. 201-205).

Ademais, a mediação deve evitar a formalidade do Poder Judiciário, deve ser um ambiente mais tranquilo, “para que as partes cheguem a um consenso, a informalidade também se faz essencial para o andamento do caso, pois mantém um clima cordial, a confiança entre as partes e o mediador é o elo que mantém todo este procedimento ‘vivo’” (MARTINS; BALESTRA; ROSA, 2013, p. 9).

A confiança no mediador influencia no êxito da sessão de mediação, do mesmo modo que a ausência de autenticidade. Sem a confiança, o conflito sai da maneira como entrou, até transformado, mas não extinto. Valorizar cada palavra que expressa um sentimento, se colocar no lugar do mediando conhecendo a sua história, possuir o poder da sensibilidade e utilizar de uma técnica de empatia faz com que o mediador construa um vínculo capaz de ser alguém que o mediando possa confiar seus segredos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do problema exposto, fundamentado na busca pela efetividade do acordo composto pelas partes, e ainda, a extinção do conflito interno, discorreu-se acerca da possibilidade empregar as técnicas de sensibilidade e *rapport*, a fim de construir uma relação de confiança.

Verificou-se que, diante do paradoxo do homem duplicado que menciona o *homo sociologicus* e o homem puro, é possível a existência dos dois tipos de homens. Entretanto, o homem a ser mediado seria o homem puro ou global que não porta papéis, mas que traduz a realidade da sociedade, e por isso é considerado um homem autêntico.

Analisou-se, ainda, a existência de uma autenticidade que é condicionada a determinadas características da sociedade em que o indivíduo está inserido. Por isso, surge um dos principais elementos do conflito, o qual é baseado na moral ou no certo ou errado, justo ou injusto.

Ademais, constatou-se que se está diante de um homem global, puro, que deve prezar pela autenticidade e integridade para assim, auxiliar na construção de uma solução sincera. Por parte do mediador, poderá dispor da técnica do *rapport*, do seu poder de sensibilidade e empatia para gerar uma relação de confiança e, conseqüentemente, a solução do conflito interno e a efetividade do acordo.

Por meio desta pesquisa, conclui-se que existem conflitos que a confiança é um componente primordial para a efetividade da mediação. E, para que, diante desta atitude de confiar, o ser humano possa confiar verdadeiramente não somente no mediador, mas nos seres humanos à sua volta.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

CORRÊA, João de Deus. Considerações Sobre Duas ou Três Coisas Úteis ao Jornalismo. *Revista Logos: narrativas identidades*, ano 5, n. 8, sem. 1, p. 48-50, Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/logos/article/view/14623>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

COSTA, Ana Filipa Camacho da. *O Princípio da Confidencialidade na Mediação em Matéria Civil e Comercial: caso português*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais) - Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, 2014. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/16929/1/Costa_2014.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2017.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo Sociologicus*. Trad. Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

ESTIVALLET, Josiane Caleffi. Mediação de Conflitos na Esfera do Poder Público: uma equação (im)possível? In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.). *Do Conflito à Solução Adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. Disponível em: <<http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-do-conflito-A-soluCAo-adequada-ebook60.php>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

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

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. *O Mediador na Resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas*. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016. Disponível em: <<http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-o-mediador-na-resolucao-125-2010-do-cnj-um-estudo-a-partir-do-tribunal-multiplas-portas-ebook99.php>>. Acesso em: 12 maio 2017.

KLUNK, Luzia; SILVEIRA, Thayana Pessôa da; WRASSE, Helena Pacheco. Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.). *A Resolução 125 do CNJ e o Papel do Terceiro Conciliador e Mediador na sua Efetivação*. Curitiba: Multideia, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/03a8471870fa447690f7b7a6a6838288.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

KNOD, Daiana Queli; GOMES, Vanessa Ferreira. A Mediação como Proposta de Pacificação dos Conflitos Escolares. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.). *Do Conflito à Solução Adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. Disponível em: <<http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-do-conflito-A-soluCAo-adequada-ebook60.php>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

KUPIEC, Anne; NEITZEL, Adair de Aguiar; CARVALHO, Carla. A Mediação Cultural e o Processo de Humanização do Homem. *Revista Antares: Letras e Hu-*

manidades, Caxias do Sul, v. 6, n. 11, p. 163-177, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/antares/article/view/2565>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

MARTINS, Janete Rosa; BALESTRA, Aline; ROSA, Daniel Lemos da. Uma Análise das Técnicas Utilizadas no Processo de Mediação para o Tratamento dos Conflitos Familiares. In: I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E JUSTIÇA RESTAURATIVA, Santa Cruz do Sul, 2013. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10893>. Acesso em: 12 mar. 2017.

NEUBERN, Maurício da Silva. Técnicas Hipnóticas, Dor Crônica e a Emergência do Sujeito. *Revista Interinstitucional de Psicologia*, v. 5, n. 2, jul/dez, p. 317-333, 2012. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/gerais/v5n2/v5n2a10.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

OTERO, Vera Regina Lignelli. A Relação Terapêutica e a Morte Anunciada: qual sobrevive? In: GUILHARDI, Hélio José. *Sobre Comportamento e Cognição: expondo a variabilidade*. Santo André: ESETec, 2001. v. 8. Disponível em: <<http://abpmc.org.br/arquivos/publicacoes/14012300850591ae815c.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. A Mediação de Conflitos: lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. *Revista Pensar*, v. 21, n. 3, p. 965-986, set./dez. 2016, Fortaleza. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5289>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet da; ROCHA, Felipe Augusto da Cruz; CARDOSO, Rafael Esteves. A Ética da Autenticidade na Concepção Multiculturalista de Charles Taylor. *Revista Lex Humana*, v. 4, n. 2, p. 17-34, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=275>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O CONFLITO, A MEDIAÇÃO E O “IMAGINÁRIO JURÍDICO”¹

SANDRA MARISA LAMEIRA²

“[...] A mediação é:

A inscrição do amor no conflito/

Uma forma de realização da autonomia/

Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos/

Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades/

Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade/

Um paradigma cultural e um paradigma específico do direito/

Um direito da outridade/

Uma concepção ecológica do Direito/

Um modo particular de terapia/

Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia

Vimos também que a mediação em sua identidade específica não é:

Uma resolução psicanalítica dos conflitos.

Um litígio

Um modo normativo de intervenção nos conflitos/

Um acordo de interesses/

Um modo de estabelecer promessas.” (WARAT, 2004, p. 67-68)

¹ O termo “imaginário jurídico” foi utilizado no título para demonstrar que o senso comum dos juristas nutre crenças que não são reais a respeito do conflito e da mediação.

² Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino. Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI. Advogada. E-mail: sandra@madeira.adv.br

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por meio da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, foi regulamentada a mediação no Brasil, como forma de solução de controvérsias, restando estabelecido que ela poderá ser efetuada tanto em conflitos extrajudiciais quanto em conflitos judicializados.

De plano, salta aos olhos um evidente contrassenso, na medida em que a mediação é um meio de autocomposição dos conflitos, e o ambiente do Poder Judiciário remete os cidadãos à heterocomposição, ou melhor, à coerção do Estado. A mediação é método autocompositivo para propiciar o diálogo entre as partes, lhes prestigiando a autonomia. O oposto ocorre quando os cidadãos recorrem à jurisdição para que o Estado ponha fim a seus conflitos, pois se submetem à decisão estatal heterocompositiva, a conhecida e tradicional tríade: partes-juiz.

Assim, a mediação de conflitos já levados a juízo e instrumentalizados em processos judiciais, no ambiente tradicional de solução de contendas por imposição, faz emergir a preocupação em relação ao sucesso da prática em tais condições.

O processo judicial precisa ser extinto, e é nesse sentido que caminha naturalmente. Assim, tudo leva a crer que a mediação dos conflitos judicializados objetiva a formalização de acordo escrito, para pôr fim ao processo. E mais, o aludido acordo terá natureza de título executivo, tal como dispõe o artigo 20 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. No entanto, a doutrina a respeito da mediação diz categoricamente que ela não tem a única finalidade de obtenção do acordo, e sim o objetivo de que as próprias partes redimensionem o conflito.

Em outras palavras, a mediação é uma proposta para transformação do conflito e que não busca a decisão por um terceiro. As sessões de mediação não têm o objetivo de convencer o terceiro, como ocorre nas audiências tradicionais, no curso dos processos judiciais.

Mediação e jurisdição têm naturezas diferentes, são o oposto em sentido epistêmico. A lei regulamentadora, no entanto, institui uma perigosa simbiose entre os dois institutos, quando transforma a mediação em uma fase do processo civil, nos termos do artigo 24 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015³.

³ **Art. 24.** Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. **Parágrafo único.** A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

O presente trabalho tem, em seu primeiro tópico, o objetivo de demonstrar as diferentes perspectivas em que o conflito é tratado pela doutrina clássica da mediação e pela jurisdição, sendo que, nesta última, o conflito é reduzido à figura do litígio, realizando críticas pontuais à lei regulamentadora em testilha.

No mesmo sentido crítico foi construído o segundo tópico, que trata de analisar dispositivos da lei regulamentadora em cotejo com a doutrina a respeito da mediação. O contraponto entre a lei e a doutrina é imprescindível na atual conjuntura, a fim de demonstrar que “água e azeite não se misturam”, utilizando-se da simbologia para melhor elucidar o quanto é ilógico o que está sendo vivenciado pelos operadores do direito com o advento da lei regulamentadora e das novas regras processuais, porquanto incompatíveis com a essência da mediação em diversos aspectos.

Como visto na epígrafe, entre outras circunstâncias, a mediação não é uma resolução psicanalítica dos conflitos, não é litígio e não é acordo de interesses ou modo de estabelecer promessas. Diante dessa realidade, imiscuí-la no cenário jurisdicional, onde se trata exclusivamente de litígios e se trabalha com o intuito de pôr fim aos processos, preferencialmente mediante acordos, é evidentemente contraditório com o sentido do instituto. É o que se pretende demonstrar nas linhas seguintes.

2 CONFLITO REDUZIDO AO LITÍGIO *VERSUS* CONFLITO COMO CONFRONTAÇÃO CONSTRUTIVA

O estudo do tema do conflito é imprescindível para os operadores jurídicos que trabalham para a promoção da paz social. Para a ciência do Direito, a paz social soa contrária ao conflito (que apresenta conotação negativa), por isso o Direito também persegue uma solução pacífica ou jurídica para o conflito (FREUND, 1995, p. 275).

No entanto, a linguagem da ciência, da comunicação ou da razão ordinária é inadequada para expressar os mistérios da vida e do coração, e também para trabalhar os conflitos nos processos de mediação. Em termos de conflito, precisamos sê-lo para conhecê-lo. Os conflitos reais, vitais e profundos encontram-se no coração, no interior das pes-

soas, e por isso é preciso procurar acordos interiorizados. A mediação, pois, é um processo do coração (WARAT, 2004, p. 29).

A carga de subjetividade que o tema envolve decorre justamente da condição humana dos seres em conflito, ainda quando as partes sejam pessoas jurídicas, posto que formadas e geridas por seres humanos.

O conflito concreto e vivido se caracteriza por uma opacidade existencial que a dialética se esforça em fazer abstratamente transparente, mas não o é justamente porque o conflito é da ordem do vivido, e a dialética, ao contrário, é uma intelectualização de contradições, é um ponto de vista parcial do espírito (FREUND, 1995, p. 272).

Conceituar o conflito não é tarefa fácil. No entanto, alguns doutrinadores se ocuparam de tal atividade, conforme será destacado a seguir. É preciso buscar compreender a definição de conflito para que possamos avançar no objeto do estudo.

O conflito consiste em um enfrentamento por choque voluntário entre dois seres ou grupos da mesma espécie, que manifestam uma intenção hostil entre si, sendo que, para manter, afirmar ou restabelecer o direito, tratam de romper a resistência do outro. Eventualmente utiliza-se o recurso da violência, que pode chegar, em casos extremos, ao aniquilamento físico do outro (FREUND, 1995, p. 58).

Percebe-se, portanto, certa agressividade inerente ao conceito de conflito e, como adiante será destacado, o instinto agressivo é da natureza humana.

Ou seja, o conflito é consequência de um desejo subjetivo de pessoas, de grupos ou de coletividades que pretendem romper a resistência que o outro põe a suas intenções ou a seu projeto. “Em primeiro lugar, o conflito não é um jogo” (FREUND, 1995, p. 256). Joga-se por prazer, temporariamente. No conflito, ao contrário, os seres, os grupos e as sociedades são atacados em sua substância e em sua vida (FREUND, 1995, p. 261).

Daí é possível concluir que estar em situação de conflito, normalmente, não é visto pelo ser humano como algo natural, nem mesmo positivo, ao contrário. Tal contexto é fonte de tensão, apreensão e angústia, diferente do que ocorre quando há um confronto esportivo, por exemplo, durante um tempo determinado. A ausência de determinação temporal para o término de um conflito pode ser citada como causa do extremo desconforto de estar em situação de conflito e nutrindo um espírito bélico.

Um jogo se define unicamente por regras que o instituem e que lhe dão consistência e por suas particularidades. Elas podem ser alteradas totalmente, ou ainda pode-se inventar outro jogo que tenha particularidades próprias, contanto que não se modifique seu espírito. O conflito, por sua vez, tem natureza distinta porque pode comportar elementos lúdicos e convenções. A duração depende da vontade (da resistência e dos meios que se podem pôr em ação nos dois campos). Pode ser prolongado durante anos ou pode terminar subitamente de forma variável, e não está predeterminado por regras: pode findar com uma vitória e uma derrota, com um compromisso ou através da entrada de um terceiro mais forte (FREUND, 1995, p. 258-259).

Nessas condições, ousa-se dizer que o conflito traz certa insegurança às partes, quando elas não estiverem suficientemente amadurecidas para enxergar o conflito como uma oportunidade de aprendizado, de compreensão dos sentimentos próprios e alheios, de diálogo e de reconhecimento do outro, considerado “o inimigo”.

Inclusive, uma das características fundamentais do conflito é a aparição da dualidade amigo x inimigo, o que significa uma dissolução do terceiro. Aliás, não se faz a paz com os amigos, posto que a amizade, por definição é um estado de paz. “A paz se faz com o inimigo” (FREUND, 1995, p. 288).

A questão que emerge é descobrir de que forma a paz será construída para que efetivamente estabilize as partes em dissenso. Para tanto, seriam mais eficazes os métodos autocompositivos, visto que não há imposição de um terceiro, como ocorrem com os métodos heterocompositivos.

O conflito, por sua vez, pode ser definido como a relação social marcada pela exclusão do terceiro (FREUND, 1995, p. 241). Entretanto, quando estudado o conflito, é possível perceber, de pronto, que não é possível ignorar o terceiro, visto que em razão da polaridade ele é eliminado no começo, porém ressurge durante o desenlace, sem contar que é ele que pode romper a dualidade conflitiva, conforme anteriormente exposto, nos casos em que ocorre a heterocomposição. Assim, o terceiro aparece como a noção correlativa por contraste do conflito (FREUND, 1995, p. 242).

Portanto, as relações entre o Direito e o conflito não são tão simples como pregam os que querem nos fazer crer que deve haver uma oposição categórica entre ambas (FREUND, 1995, p. 276).

A defesa ou reivindicação de um direito constitui, em geral, o motivo dos conflitos, razão pela qual o direito está no centro do conflito, contrariando o que pensam inúmeros filósofos e sociólogos do Direito, que afirmam que o Direito há de ser pacífico por natureza (FREUND, 1995, p. 276).

Ademais, a paz total e permanente contraria os instintos humanos. Freud (2005) lembra que os instintos humanos são de apenas dois tipos: aqueles que tendem a preservar e a unir (denominados eróticos); e aqueles que tendem a destruir e matar, agrupados como agressivos ou destrutivos, o que nada mais é do que a formulação teórica da oposição entre amor e ódio, sendo que nenhum desses instintos é menos essencial do que o outro, pois os fenômenos da vida surgem da ação confluyente ou mutuamente contrária de ambos. Dessa forma, o instinto de autopreservação, de natureza erótica, deve ter à sua disposição a agressividade, para atingir seu propósito. “De nada vale tentar eliminar as inclinações agressivas dos homens” (FREUD, 2005, p. 38-41).

A mesma teoria mitológica dos instintos permite encontrar meios indiretos para combater a guerra. Se o desejo de aderir à guerra é efeito do instinto destrutivo, é recomendado opor-lhe o seu antagonista, Eros. Assim, tudo o que favorecer o estreitamento dos vínculos emocionais atua contra a guerra. A psicanálise não tem motivo para se envergonhar ao falar, nesse ponto, de amor, visto que a própria religião emprega a mesma palavra, embora o amor seja mais facilmente dito do que praticado. O segundo vínculo emocional se trata da utilização da identificação. Assim, tudo o que leva os homens a compartilhar de interesses importantes produz essa comunhão de sentimento, e a estrutura da sociedade humana se baseia nessa premissa, em grande escala. “Tudo o que estimula o crescimento da civilização trabalha simultaneamente contra a guerra” (FREUD, 2005, p. 42-47).

Dito de outro modo, a educação e a promoção da cultura da paz de certa forma contêm o instinto de aderir à guerra, ou melhor, ao conflito. Justifica-se, pois, contrapor à guerra o nobre sentimento do amor. Nesse sentido, é importante consignar o pensamento de Warat (2004, p. 76) a respeito da terapia do reencontro amoroso:

[...] é possível realizar uma viagem interior à procura de si mesmo [...] um dos objetivos da terapia do reencontro é a procura de

modos de expressão e de sensibilidade comuns, para uma experiência compartilhada de transformação e de produção de diferenças, que nos permitam reencontrarmo-nos como pessoas e estabelecermos a autonomia no conflito.

Todavia, o que é feito nos corredores forenses é buscar “soluções” para os conflitos, através da aplicação da lei, seja ela de direito material ou processual, por imposição, ou melhor, por coerção, lastreada na lei, ou seja, uma espécie de violência autorizada.

Freund, citando Weber, refere: “o Estado moderno é a comunidade política que reivindica com êxito o uso legítimo da violência”. Essa legitimidade não está fundamentada em um princípio ético, mas porque é a solução racional que melhor responde às condições de convivência entre os homens dentro de uma unidade política. A interdependência do direito e do conflito demonstra que a violência pode estar a serviço do direito para estabelecê-lo, restabelecê-lo ou mantê-lo, quando a lei e outras regulamentações sociais, como os costumes, por exemplo, já não são capazes de deter uma violência adversa que ameaça a ordem social. A violência se converte em apoio ao direito desrespeitado. É a contraviolência legal, a repressão que nos países ocidentais está controlada juridicamente por disposições constitucionais ou legislativas para evitar abusos, de forma que existe um procedimento a observar antes de replicar a violência com a violência (FREUND, 1995, p. 280-281).

“É princípio geral que os conflitos de interesses entre os homens são resolvidos pelo uso da violência”. A lei representa contraposição à violência de um indivíduo só, na medida em que é produto da união da comunidade. No entanto, ainda é violência, pronta a se voltar contra qualquer indivíduo que se lhe oponha (FREUD, 2005, p. 30-31). O Direito, portanto, tem inegável carga de violência em sua forma de atuação em relação aos cidadãos.

Tanto assim o é, que a ciência do Direito se utiliza da figura do litígio para definir o conflito, ou seja, reduz o conflito ao litígio, sendo que ambos não são sinônimos. Ao decidir judicialmente, aprecia-se o litígio, de modo que o conflito pode ficar hibernando e ressurgir no futuro. O imaginário jurídico traz uma conotação negativa ao conflito, que nessa ótica deve ser evitado. Os juristas não pensam o conflito sob uma perspectiva de satisfação (WARAT, 2004, p. 61).

É justamente nessa perspectiva do conflito como confrontação construtiva que doravante o presente artigo será desenvolvido. Havendo comprovação científica de que os confrontos ocorrem em sociedade, inclusive por razões instintivas, é necessário enxergá-los sob novas perspectivas e pontos de vista se a intenção for dar aos conflitos sociais o tratamento adequado.

Existe uma lacuna no Direito, pois não há uma teoria do conflito que demonstre que ele pode ser entendido como uma forma de produzir a diferença, incluindo o outro na produção do novo. Para suprir tal carência, Luis Alberto Warat (2004, p. 61) propôs a construção de uma teoria do conflito, partindo da distinção do diferente e da diferença, sendo que o primeiro seria natural e impenetrável, mas os diferentes juntos poderiam produzir a diferença. O autor ainda afirmou que o conflito visto a partir da psicologia coloca-nos diante de um enigma que o impulsiona.

Ou seja, o conflito visto a partir da psicologia e também porque não dizer a partir do direito, com uma carga de positividade, mola propulsora de mudanças, representa um desafio e a alteração da perspectiva pode significar a inovação no *modus operandi* do direito em relação ao conflito.

Detalhando um pouco mais, Warat (2004, p. 62) afirma que

A mediação, baseada em pressupostos psicológicos e psicoterapêuticos, fundamenta-se em uma teoria do conflito que não o vê como algo maligno ou prejudicial. A mediação mostra o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, o conflito como uma diferença energética, não prejudicial, como um potencial construtivo. A vida como um dever conflitivo que tem que ser vitalmente gerenciado.

Partindo da premissa de que o estado de conflito é recorrente e necessário para o aprendizado e para a evolução do ser humano, abre-se um novo paradigma para a ciência do Direito que, em seus diversos ramos (destacando-se aqui especialmente o direito das famílias e suas relações jurídicas continuativas), poderá socorrer-se de contribuições das outras ciências, especialmente da psicologia, para modernizar o tratamento dado aos conflitos.

Nesse ponto, há importantes contribuições de autores que se dedicaram ao estudo dos conflitos. Julien Freund, por exemplo, em sua obra *Sociología del conflicto*, tratou dos diferentes epílogos dos conflitos, afirmando que podem acabar de formas diversas, dependendo não somente da razão e das particularidades de cada conflito e de seus objetivos, como também das causas da duração que podem ser mais ou menos elásticas (FREUND, 1995, p. 207).

Para Freund (1995, p. 209), o “desenlace amorfo” ocorre quando não é possível visualizar uma solução claramente caracterizada porque o conflito se acaba em uma espécie de “corrupção que pode parecer interminável”, na medida em que se procede a decomposição interna dos objetivos do conflito e das energias em ambos os campos, e tal decomposição pode apresentar-se sob a forma de diversos mecanismos sociais, tais como os Tribunais.

Os conflitos caracterizados como “brandos” seriam aqueles nos quais as partes entram sem vigor, ou mesmo por rotina, ou porque permitiram que se arrastasse, não existindo um desejo de evitá-lo, se eternizam por falta de ardor de uma ou de outra parte (FREUND), 1995, p. 210).

Freund também discute a diferença existente nos conceitos de vitória e derrota, que muito interessam à presente abordagem, afirmando que tanto a vitória como a derrota incidem em nossa afetividade, alimentando exaltação no primeiro caso e criando consternação nos corações no segundo caso. A vitória de um, por sua vez, quer dizer a derrota do outro, seria o desenlace lógico do conflito, na medida em que ele se fixa com a finalidade de romper a resistência do inimigo para lhe impor a própria vontade. A princípio, por ser uma relação dual, somente um dos adversários poderia ser o vencedor. Nessa ótica, a vitória deveria ser a mais total possível e a derrota a mais completa possível. Com tal procedimento se trata de reduzir o outro à impotência, para que não lhe reste outra solução a não ser ceder (FREUND, 1995, p. 216-217).

Ainda analisando a dicotomia vitória x derrota, é preciso ter em mente que uma vitória não é fatalmente sinal da persistência de uma sólida constituição da sociedade. Uma derrota, por sua vez, pode significar a chamada a uma renovação (FREUND, 1995, p. 223).

Ou seja, o conflito provocará mudanças no *status quo ante* e nem sempre a vitória será benéfica a longo prazo. Por outro lado, uma derrota poderá forçar mudanças comportamentais que efetivamente impulsionem a parte derrotada a um estado de evolução.

Tomando como exemplo o desfecho de conflitos bélicos, é possível notar que eles ocorrem geralmente por meio de um compromisso e não necessariamente de uma vitória e da correspondente derrota. O senso comum percebe o compromisso como uma debilidade moral da vontade, manifestação de oportunismo, ou predileção por meias soluções. Entretanto, o compromisso não é isto, pois consiste em um arranjo com base em concessões recíprocas para pôr fim a um conflito e para preveni-lo. Longe de manifestar debilidade da vontade, ao contrário, o compromisso exige uma forte vontade e domínio das paixões, dos rancores e das amarguras, para encontrar a serenidade necessária para uma discussão positiva do litígio. Demanda altura espiritual para reconhecer que, apesar das aparências, o ponto de vista do outro possa estar justificado aos seus olhos (FREUND, 1995, p. 226).

Novamente se percebe que um compromisso traz consigo um grau de amadurecimento das partes, que somente ocorreu porque estiveram em situação de conflito, e porque esse conflito foi adequadamente trabalhado para produzir efeitos positivos.

O tratamento do conflito caracteriza-se como ferramenta de desenvolvimento, transformação e justiça social, pois viabiliza a evolução do ser humano quando compreendido e adequadamente administrado. Do contrário, quando não gerenciado por incompreensão de seus limites e pela ausência de alteridade, devem ser utilizados instrumentos de tratamento para que ocorra um encontro de ideias, valores e interesses, transformando as estruturas sensíveis às dinâmicas das relações humanas (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 279-280)

Partindo do pressuposto que o conflito apresenta um viés positivo e representa oportunidade de amadurecimento da cidadania, resta discorrer a respeito da mediação como forma de tratamento adequado dos conflitos, o que será efetuado no próximo tópico. A atual lei regulamentadora da mediação será trabalhada em abordagem crítica de dispositivos pontuais, que entendemos contrários ao que preconiza a doutrina da mediação.

3 A LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015, *VERSUS* DOCTRINA A RESPEITO DA MEDIAÇÃO

Nos Estados Unidos da América, buscam-se aprimorar os meios de tratamento dos conflitos desde os anos de 1920, a fim de encontrar alternativas para superar o modelo triádico para sedimentar uma postura dicotômica, por meio da qual as partes construirão as respostas para os próprios conflitos. No Brasil, o acesso à justiça é garantido em sentido amplo, mas o país necessita fomentar uma cultura de paz, de alteridade e de tratamento de conflitos com qualidade, adequado às características individuais (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 14-15).

É possível extrair das entrelinhas da exposição de motivos da lei que regulamentou a mediação no Brasil, que o próprio Estado reconhece a morosidade da prestação jurisdicional, bem como declara a necessidade de fomentar o envolvimento das partes na composição de seus litígios, prestigiando-lhes a autonomia e a independência.

A exposição de motivos da Lei da Mediação também deixa clara a intenção do legislador de que a mediação seja uma etapa prévia do processo judicial contencioso, na medida em que após o recebimento da petição inicial pelo Poder Judiciário, este determinará que seja tentada a solução do conflito através da mediação nos primeiros 60 (sessenta) dias. Inexitosa a prática da mediação, será dado andamento do processo judicial.

O que se verifica é o confronto entre uma tradição firmada em um modelo conflitivo de solução de litígios (triádico), que representa a existência de um perdedor e um ganhador, um satisfeito e um descontente e, de outra banda, o crescimento de métodos complementares de tratamento de conflitos, o que se dá tanto pela discussão a respeito da ineficiência e insuficiência do sistema jurisdicional, como pela impossibilidade de todos os cidadãos acessarem a justiça (WUST, 2014, p. 55).

Embora o Brasil tenha avançado em termos de implantação de formas complementares de tratamento de conflito, está pecando ao institucionalizá-las e ao transformá-las em fases do processo civil, com um rito a ser observado, inviabilizando-as em função dos procedimentos a serem adotados e também pela forma de capacitação dos terceiros mediadores e conciliadores. Ao apresentar as formas complementares de tratamento de conflitos como meio de redução do congestionamen-

to do Poder Judiciário, a emancipação e a autonomia das partes são corrompidas, fazendo com que sejam vistas enquanto meios de diminuição quantitativa de demandas judiciais, a curto prazo (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 288-289).

“Trata-se a mediação de política pública que garante o acesso à justiça no sentido amplo e fortalece a participação social do cidadão”. (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 289). Diante desses fatores, a política judiciária apresenta fragilidades para sua concretização, que residem principalmente na estrutura física e de pessoal, capacidade financeira do Poder Judiciário para custear a implantação da política pública e, finalmente, a resistência social quanto à aceitação do terceiro não juiz (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 289).

Os meios complementares de tratamento de conflitos deveriam primar pela qualidade do entendimento entre as partes e não ser utilizados como métodos para desafogar o Poder Judiciário, em uma perspectiva meramente quantitativa, sob pena de, novamente, atacarmos a essência do que prega a doutrina da mediação.

Apesar de a lei regulamentadora trazer avanços, especialmente no que diz respeito a conceituar a mediação, devem ser feitas ressalvas. Embora a mediação se caracterize como uma ferramenta útil, a sua aproximação com o Direito causa o afastamento da sua essência, em razão de funcionar direcionada à justiça e destinar-se a compatibilizar-se com o dogma da atividade jurisdicional (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 143).

Dispõe o parágrafo único do artigo 20 da Lei da Mediação⁴, que: “o termo final, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”.

Após ler tal dispositivo legislativo, não há como deixar de recordar, e porque não transcrever, um célebre texto da obra de Warat (2004, p. 31. Grifo original.), muito oportuno:

Há pouco tempo, em uma aula de mediação, um juiz perguntou-me como se pode executar um acordo obtido mediante um processo de mediação. Ficou abalado com minha resposta: *“os afetos nunca podem ser executados”*. Minha resposta o surpreendeu porque estava raciocinando com os mitos, as crenças, o senso

⁴ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 07 jan. 2017.

comum dogmático que organiza a cabeça dos juristas em geral. A mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça, a partir de outra sensibilidade, refinada e ligada com todas as circunstâncias, não só do conflito, mas do cotidiano de qualquer existência. Quem vai mediar, precisa estar ligado com a vida.

A mediação pressupõe, em primeiro lugar, uma conformação interior, um acordo interiorizado. Assim, dificilmente será descumprido e não precisará ser executado. Warat (2004, p. 67) já advertia: “A mediação, ainda que a consideremos como um recurso alternativo do judiciário, não pode ser concebida com as crenças e os pressupostos do imaginário comum dos juristas. A mentalidade jurídica termina convertendo a mediação em uma conciliação”.

Ou seja, há uma forte tendência no “imaginário jurídico da modernidade”, que Warat (2004, p. 116) classifica como “beco sem saída”, em buscar dar fim ao conflito, ou mesmo ao processo judicial, de forma célere. Na prática, as sessões de mediação podem ser transformadas em meras conciliações ou discussões de propostas. Não se desconhece que negociações podem ocorrer durante a mediação. Entretanto, a preocupação aqui é no sentido de que as propostas sejam construídas e externadas pelas partes, quando amadurecidas para tanto, e que não provenham de sugestão do terceiro, de forma açodada.

Várias são as modalidades e ferramentas alternativas para a judicialização dos conflitos e que também são empregadas em diferentes momentos ao longo de um procedimento de resolução, chamadas, indistintamente, de mediação ou de modo não adversarial de atuação nas divergências. No procedimento de mediação podem haver momentos de negociação, de conciliação ou de arbitragem (WARAT, 2004, p. 68). A distinção entre tais mecanismos se dá pelo fato de que, por graça da mediação, os sentimentos se transformam, o que é ignorado no procedimento judicial e também nos outros modos alternativos de resolução dos conflitos judiciais (WARAT, 2004, p. 59).

O fundamento da negociação é a palavra, na forma de conversação e de mudanças de pontos de vista, ou, segundo o termo da moda: de diálogos (FREUND, 1995, p. 235). Como toda arte, a negociação exige diversas habilidades, tais como conhecer as partes, ser paciente e perseverante, ter um temperamento firme e um espírito atento, saber escutar e até mesmo utilizar-se da “mentira elegante” (FREUND, 1995, p. 238).

Não se pode olvidar que um conflito se regula pela força ou pela negociação. Esta última se apresenta, em geral, como a mais honorável, a mais louvável, respeitável e meritória, e se relaciona com a noção de paz como se uma chamasse necessariamente a outra. Também há uma preferência geral, ao menos teoricamente, da negociação como método permanente de harmonização das relações sociais (FREUND, 1995, p. 235). O princípio da vitória e da derrota põe fim ao conflito sem sutilezas. Ocorre de maneira diversa com os compromissos e as negociações, pois os acordos precisam ser claros e precisos para que não ocorram interpretações contraditórias (FREUND, 1995, p. 239).

Nas palavras de Luis Alberto Warat (2004, p. 60):

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 auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.

A mediação em sentido estrito pode ser caracterizada como uma terapia do amor mediado (TAM), ou como terapia do reencontro mediado (TRM), ou, e pode ser definida como uma forma de terapia e não como um procedimento psicanalítico (WARAT, 2004, p. 68). “Para ficar mediado é necessário chegar ao ponto de ebulição, à transformação alquímica” (WARAT, 2004, p. 25).

Portanto, o que se questiona no presente ensaio, é a possibilidade de as partes chegarem efetivamente ao “ponto de ebulição”, em locais tradicionalmente adversariais, como são as unidades do Poder Judiciário. A lei prevê a obrigatoriedade de assistência por parte de advogados ou defensores públicos em caso de mediação de conflitos judicializados, em seu artigo 26⁵. Todavia, vale a reflexão, nesse ponto, a

⁵ **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

respeito da mudança de paradigma para esses profissionais no exercício da profissão em um contexto de mediação.

Em processos tradicionais, os advogados são os representantes das partes e, portanto, os protagonistas nas audiências, inclusive manifestando-se em nome das partes. Nas sessões de mediação sua postura deverá ser diversa, de “assessor” e não de “defensor” e, via de regra, a formação destes profissionais não foi voltada para tal atuação.

As defesas são utilizadas para fugir da realidade dos conflitos. Mudar da intenção de defesa para uma intenção de aprendizagem em um contexto conflitivo não é automático e simples, e sim representa um desafio. As pessoas são punidas quando não cumprem as regras e quem as pune, geralmente, não busca compreender as razões que levaram ao descumprimento e isso faz com que aflore a intenção de defesa. Comumente, há resistência ao novo e à mudança e também receio de saber a verdade do outro e a verdade dos nossos sentimentos mais profundos. É mais fácil evitar as verdades do que procurá-las. O paradigma cultural orienta soluções e não processos, assim, ao invés de buscar compreender o outro, procuram-se as soluções. “Quando vemos alguma coisa que não gostamos, tentamos solucioná-la, ou a julgamos, ao invés de tentar compreendê-la (WARAT, 2004, p. 93-94).

A mudança de paradigma, portanto, pressupõe uma morte do paradigma anterior. É exatamente isso que precisa ocorrer no “imaginário jurídico” a respeito das formas complementares de tratamento dos conflitos e, com mais veemência, no que diz respeito à mediação, posto que a lei regulamentadora, como visto, está na contramão do real sentido do método, em diversos aspectos.

Nas palavras de Warat (2004, p. 21):

Procurar uma nova existência é um trabalho de destruição, uma morte. Se estamos preparados para essa morte, algo novo acontecerá, virá um nascimento criativo. Se nós estamos prontos para morrer, podemos ter uma nova existência. Para isso, não há perguntas, não há respostas, só o caminho de esvaziar-nos de todas as perguntas e respostas acumuladas de modo a constituir o buraco negro narcísico.

Desconstruir velhos conceitos e enxergar o conflito como um embate construtivo e, retomando o que fora proposto por Warat, no sentido de reconhecimento do diferente para então produzir a diferença, vale ressaltar que:

Aceitar a diferença, de modo a suavizar todas as nossas percepções e sentimentos com o que à primeira vista nos parece estranho, é um bom caminho para uma existência confortável, sem preconceitos ou rancores, raivas ou violências. [...] Utilizar a diferença sabiamente, não para uma autoagressão, mas para uma constante reconstrução/reinterpretação da vida, tendo ela própria como último elemento de justificação de qualquer ação. [...] A diferença é o elemento fundamental a ser percebido nessa mudança paradigmática, e perceber e introjetar essa mudança nos possibilita uma recriação temporalizada da vida em novas possibilidades de vida boa. [...] O direito deve garantir uma sociedade boa, em ordem e dirigida ao futuro, na qual seus integrantes, em suas singularidades, possam ser felizes no presente (SANTOS; LUCAS, 2016, p. 38-39, 46).

Diferença, portanto, parece ser a palavra-chave para o caminho que nos conduzirá aos tratamentos adequados dos conflitos. O primado da autocomposição significa uma diferença ao modelo que conhecemos e que até então privilegiava a heterocomposição. Enxergar o conflito sob outro viés, como uma experiência que pode ser positiva e viabilizar o crescimento pessoal, representa um giro completo em relação ao senso comum, que vê o conflito como uma experiência negativa. Isso também representa, inegavelmente, uma enorme diferença. Diferente também é o outro, que deve ser reconhecido e compreendido, para então ser possível produzir a diferença (transformação) do conflito.

Retornando à epígrafe, a mediação é um direito da outridade. Nas palavras de Warat (2004, p. 28):

A mediação, em uma primeira aproximação, não seria outra coisa do que a realização com o outro dos próprios sentimentos. Fazer mediação nada mais é que viver, viver em harmonia com a própria interioridade e com os outros, viver em harmonia com a própria reserva selvagem.

Juntando todos esses sentidos, poderíamos afirmar também que a mediação é uma possibilidade de poder ter o direito a dizer o que nos passa, ou uma procura do próprio ponto de equilíbrio e do ponto de equilíbrio com os outros. Seria um ponto de equilíbrio entre os sentimentos e as razões para evitar os excessos dos sentimentos, os sentimentos desmedidos. A mediação como um encontro consigo mesmo é uma possibilidade de sentir com o outro, produzir com o outro a sensibilidade de cada um: o entre-nós da sensibilidade.

A partir desses ensinamentos, a prática da mediação intraprocessual e no cenário do Poder Judiciário, com toda a sua simbologia e coerção soa um tanto quanto utópica. Explica-se. O cidadão nutre temor reverencial em relação à autoridade judicial, que representa o Estado, ou melhor, é seu funcionário, como bem esclarece Montesquieu em “O Espírito das Leis”. Automaticamente, em função do ambiente, ainda que o mediador não seja um juiz investido de jurisdição, o cidadão poderá não ficar à vontade para expor os seus sentimentos, como requer a técnica da mediação. Aliás, expor os sentimentos, por si só, não é tarefa fácil, e fazê-lo em local tradicionalmente autoritário, onde está implícita a possibilidade de violência (legalmente autorizada) é, deveras, contraditório.

Não se pode olvidar que a mediação pressupõe não somente a exposição de sentimentos próprios, mas também demanda o reconhecimento e a compreensão do outro, através do diálogo. Igualmente, nesse sentido, quando promovida por entidade estatal, a mediação parece desviar-se da sua essência, na medida em que o outro, no ambiente forense, representa um adversário do qual será necessário se defender.

As relações humanas na sociedade moderna são normalmente frias, egoístas e superficiais. O indivíduo tende a valorizar o outro a partir do julgamento que faz dele, e não dele mesmo, extraíndo-se preconceitos, intolerâncias e incompreensão da subjetividade do outro. A lógica da sociedade pós-moderna é a incapacidade de interagir com a diversidade de perspectivas, já que mudar o outro antes de mudar a si próprio é mais confortável (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 61-63).

A visão da mediação proposta por Warat garante o desenvolvimento do conflito. No modelo estatal o conflito é manifestado pelo litígio ao qual o Estado-juiz decide aplicando a lei no caso particular. Com essa conduta, o conflito é desqualificado e varrido para o simulacro,

chamado processo. As pessoas, verdadeiros atores da vida, são esquecidas em nome de autor/réu, prazos e preclusões. Os protagonistas (advogados, promotores e juízes) contentam-se com a decisão na forma da lei, sem qualquer ponte para o futuro e remanescem dúvidas a respeito das consequências da decisão, se ela efetivamente resolveu o conflito e se as funções sociais dos envolvidos se manifestaram em seus papéis (ROSA, 2004, p. 11-12).

A mediação resgata a promessa de recuperar a dimensão do problema humano e de assumirmos a responsabilidade para a realidade que criamos através de nossas práticas e posturas. Propõe inserir uma teoria includente das paixões permeadas pelo amor. No entanto, toda mudança é dificultosa, e gera o medo. É necessário crer nas pessoas quando (ainda) se tem medo de acreditar em si mesmo. Como diz Warat, colocar entre o eu e o ele um entre nós e ser instrumento de felicidade alheia, amando e se arriscando a receber amor! Crescer ou se reencontrar e se descobrir como individualidade (ROSA, 2004, p. 12).

Em sua obra, Warat (2004, p. 36) indica um caminho para o autoconhecimento citando uma inscrição que visualizou no aeroporto de Atenas, e que simboliza o seu pensamento, nos seguintes termos: *“Para conhecer Atenas, é preciso perder-se em suas ruas.”*

Assim, é urgente que os operadores do Direito sejam capazes de ver o conflito sobre outra perspectiva, a positiva, para que os demais cidadãos possam amadurecer nessa compreensão. Cabe àqueles que têm por ofício a pacificação social a adoção de posturas menos adversariais e mais cooperativas para o tratamento adequado dos conflitos e para garantir, de fato, que o Direito avance mitigando a cultura da violência e substituindo-a pelo amor, admitindo o protagonismo das partes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado neste ensaio, Warat definiu o imaginário jurídico como um “beco narcísico”. Na mitologia grega, Narciso destacava-se por sua beleza, e também por seu orgulho. A ciência do direito estatal carrega muitos simbolismos dos quais se orgulha, e através deles se mantém. Autoridade, coerção, violência legítima, chamamento para si de todos os conflitos, casas situadas em locais privilegiados e construídas para se destacar, podem ser citadas como exemplos. No entanto, o assoberbamento resultou em ineficiência e contradição.

Na mesma medida em que se busca a pacificação social, se está impondo à sociedade, via de regra, a solução dos conflitos por heterocomposição, ou seja: por imposição, reproduzindo o modelo vitória x derrota, alimentando a adversidade entre os cidadãos, ao invés da fraternidade.

Embora o “imaginário jurídico” pregue a paz, o Direito desconhece que a paz pressupõe a guerra e que a sociedade convive com a alternância de tais estados, porque os instintos destrutivos e de proteção são inerentes ao homem.

O Direito transformou o conflito na figura do litígio. No entanto, o conflito é mais do que o litígio. O litígio se conforma no processo, que é o instrumento criado pelo Direito para resolver o conflito. Ocorre que nos cadernos processuais as partes orientadas a litigar de forma adversarial apresentam tão somente a verdade formal e nem sempre vêm à tona os seus sentimentos, exatamente o que deveria ser trabalhado em situações conflitivas.

Os operadores jurídicos que trabalham para a promoção da paz social foram formados para atuar no processo (instrumento), com funções bem específicas e delimitadas: juiz, promotor, advogado, defensor público, em um cenário formal e adversarial. A mudança de paradigma, através da mediação, requer que o terceiro entre as partes seja a figura humana que viabilizará a oposição de Eros, ou seja, do amor para combater o instinto destrutivo e facilitar que exponham seus sentimentos e tratem o conflito de forma adequada.

O estreitamento de vínculos emocionais não é realizado em processos judiciais tradicionais, e nem seria viável, pois os protagonistas não são as partes e sim os seus representantes que trabalham para convencer o Estado-juiz, com o objetivo de “vencer” e, para isso, é necessário “derrotar” a parte adversa. A decisão imposta será destinada às partes e, justamente, por ser imposição, precisa ter uma carga coercitiva sob pena de não produzir efeito no mundo dos fatos.

O Direito está no centro do conflito e, como dito, utiliza-se da violência legal como forma de coerção. Todavia, esse modelo de solução do conflito, reduzido ao litígio via processo não está sendo satisfatório. O Poder Judiciário está assoberbado e a Lei nº 13.140/2015 surge como tentativa de “desafogar” o Poder Judiciário através da mediação como meio complementar de tratamento dos conflitos, imiscuída no processo judicial.

Entretanto, a mediação prega um tratamento qualitativo e não quantitativo dos conflitos, razão pela qual a simbiose “mediação estatal” é perigosa e contraditória. A mediação requer uma mudança de paradigma na forma de enxergar o conflito e de trata-lo, razão pela qual enseja a morte das concepções anteriores adversariais e o despertar de uma nova consciência, o que não é viável no ambiente do Poder Judiciário, da forma como proposta, objetivando o “acordo” passível de execução e não o “tratamento” do conflito, com base na harmonização dos afetos.

A mediação não tem como objetivo resultar em um acordo passível de execução, como se deduz das entrelinhas da lei regulamentadora. Como bem esclareceu Warat: “os afetos nunca podem ser executados” e, por isso, estamos vivendo uma crise de sentido entre a lei e a doutrina nesse aspecto. Corre-se o risco, sem sobra de dúvidas, de transformar a mediação em conciliação, o que não é desejável, pois não estaríamos avançando na produção da diferença e sim mantendo-nos no ponto de partida.

A efetiva prática da mediação, respeitando-se a sua essência e o seu real sentido, em muito contribuirá para o avanço da cidadania e da democracia no Brasil, pois as partes em conflito são estimuladas a construir as respostas e, com isso, amadurecer. Cidadãos conscientes de seus atos e de seus sentimentos, capazes de interagir e reconhecer o outro serão mais responsáveis em sociedade, e terão melhores condições de exercitar o convívio fraternal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus*. Trad. Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Um diálogo entre Einstein e Freud*. Por que a guerra? Santa Maria: Fadisma, 2005.

FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D. L., 1995.

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

ROSA, Alexandre. Prefácio. In: WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SANTOS; André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. Três dimensões para compreender o papel da diferença na sociedade contemporânea. In: GIMENEZ, Charlise Paula Colet; LYRA, José Francisco Dias da Costa (Orgs.). *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito*. Campinas: Millenium, 2016. Tomo 7.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WUST, Caroline. *Mediação comunitária e acesso à justiça: as duas faces da metamorfose social (recurso eletrônico)*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: UMA POSSIBILIDADE DE ESTREITAMENTO DOS VÍNCULOS PELO COMPARTILHAMENTO DE INTERESSES COMUNS

CHARLENE DEWES DORNELLES¹

1 INTRODUÇÃO

Vive-se, atualmente, em uma sociedade permeada pelo medo, pela incerteza, pela insegurança e pela desconstrução de laços e relações. Fazer parte de algo se tornou efêmero. Fazer parte desta sociedade pós-moderna, multifacetada, que produz informações como nunca antes na história da humanidade, traz questionamentos, os mais diversos e nas mais diversas áreas. Pois, se mudam as pessoas, também se modificam suas relações, interações, seus laços, conceitos, seu senso de justiça, os medos e tudo o que faz parte essencial do ser humano e de suas relações com o outro, consigo mesmo e com o mundo.

E este indivíduo multifacetado da pós-modernidade é o reflexo dos conflitos nos quais está ou estará inserto ao longo de sua vida. Diversas faces, tantos outros papéis sociais (como afirma Dahrendorf), resultarão em conflitos também complexos e multifacetários. Afirma-se, assim, que o pensar jurídico tradicional, que entende as partes envolvidas no conflito como adversários, e que uma delas somente poderá ganhar se a outra perder, já não mais é eficaz e eficiente frente a estes conflitos multifacetários e complexos.

Apresenta-se, assim, no presente estudo, a mediação enquanto método complementar de tratamento de conflitos como uma forma eficaz para alcançar e contemplar estes novos conflitos e estes sujeitos multifacetários, eis que possibilita o empoderamento e a autonomia dos

¹ Mestranda em Direito pela URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, *campus* de Santo Ângelo. Advogada do Núcleo de Prática Jurídica da URI, *campus* de Santo Ângelo. E-mail: chaydornelles@gmail.com

indivíduos e da própria comunidade, bem como o reconhecimento do outro enquanto ser humano, resgatando (ou criando), assim, vínculos de solidariedade, fraternidade e alteridade.

2 QUEM É O SUJEITO DO CONFLITO?

O sujeito da modernidade foi alicerçado sobre bases dualistas, excludentes. Onde ser A o impossibilitava de ser B (a não ser que A e B condissessem com as 'expectativas' sociais). Muito disso se deve ao projeto moderno que buscou nas ciências um suposto resgate da (tão almejada) ordenação e progresso da humanidade. Se fazia necessário, portanto, enquadrar os sujeitos em contornos pré-fixados e pré-moldados (ainda que ali não coubessem).

No entanto, a pós-modernidade trouxe consigo lutas sociais pelos mais diversos tipos de reconhecimento. E isso, por sua vez, possibilitou ao sujeito se compreender enquanto ser multifacetário. Onde é possível ser A, B, Y ou Z, sem a necessidade de se enquadrar em pré-conceitos sociais, formando, assim, sua identidade a partir de diversas perspectivas, agora não mais excludentes, mas de inclusão e complementariedade.

Sobre as identidades na pós-modernidade, Bauman (1998, p. 32) assevera que, diferente da modernidade, onde os projetos de vida podiam ser alicerçados sobre terrenos estáveis e previsíveis, o que, por sua vez, conformava a identidade dos seres humanos com base em certezas e expectativas concretas do futuro, agora

A imagem do mundo diariamente gerada pelas preocupações da vida atual é destituída da genuína ou suposta solidez e continuidade que costumavam ser a marca registrada das “estruturas” modernas. O sentimento dominante, agora, é a sensação de um novo tipo de incerteza, não limitada à própria sorte e aos dons de uma pessoa, mas igualmente a respeito da futura configuração do mundo, a maneira correta de viver nele e os critérios pelos quais julgar os acertos e erros da maneira de viver.

Em complexa análise acerca dos papéis sociais do ser humano, Ralf Dahrendorf traz muitas incursões e deixa tantos outros questionamentos em sua obra intitulada “*Homo Sociologicus*”; e é sobre esta análise que tratará a primeira parte deste trabalho.

Explana o autor que o desenvolvimento das ciências sociais trouxe à tona dois novos homens científicos: o ser humano da sociologia e o da ciência política. É nesse trilhar que Dahrendorf entende que o homem não é apenas econômico ou psicológico – tendo em vista que tais dimensões tratavam do homem apenas enquanto indivíduo –, ele é, antes disso, social e político, no sentido de que não é possível que o homem se reconheça enquanto tal sem se vincular ao mundo, ou seja, sem estar em sociedade. Infere, assim, que o objeto da sociologia “gira em torno do homem confrontado com o ‘fato irritante da sociedade’ (DAHRENDORF, 1969, p. 39). Tal afirmação é explicada no sentido de que no grupo a individualidade do sujeito desaparece, não é mais possível ter acesso ao homem enquanto ‘ser societal’, por isso, explana que a necessidade é de se encontrar uma categoria elementar onde sociedade e indivíduo possam ser analisados.

Em relação à indicada ‘perda’ de acesso ao indivíduo que explana Dahrendorf, Spengler (2012, p. 90-91) sustenta que, apesar de o indivíduo ser constituído também pela sociedade em que está inserido, a identidade

[...] se constrói necessariamente num confronto intersubjetivo entre um *eu* e um *outro*, e entre *nós* e os outros, porém toda determinação é, ao mesmo tempo, lógica e ética, não pode chegar a ponto de desconhecer, na diversidade, o que há de comum, ou seja, a identidade.

Dahrendorf afirma que, o *homo sociologicus* pode ser identificado na interseção entre o indivíduo e a sociedade, no homem enquanto portador de papéis sociais já determinados e impostos pela sociedade. Estes papéis sociais já determinados é que constituem o fato irritante da sociedade, e fazem com que o indivíduo perca sua individualidade e liberdade (possui na verdade uma ‘liberdade inventada’).

Sobre a multiplicidade de papéis sociais desempenhados pelos indivíduos na sociedade, Gimenez (2016, p. 33) infere que

A cada posição que uma pessoa ocupa, correspondem formas determinadas de comportamento, as quais são esperadas para o portador daquela posição, pois tudo que ele é, correspondem, igualmente, coisas que ele faz ou ele tem. Ao ocupar posições

sociais, o indivíduo se torna uma pessoa do drama escrito pela sociedade na qual vive, a qual, também, lhe atribuiu papéis que necessita desempenhar.

Para Dahrendorf, a própria sociedade determina posições que um indivíduo pode ocupar (ao indivíduo da classe Z dificilmente será pre-determinado um papel social que é pertencente à classe A, por exemplo – ou, na visão mais otimista possível, pelo menos a sociedade não deposita tal expectativa sobre aquele indivíduo), ou seja, quando o indivíduo se amolda às expectativas de papéis sociais pré-formados pela sociedade onde vive, terá a aceitação de seus membros; caso contrário, será submetido às sanções (de ordem jurídica ou moral) da sociedade. Portanto, alega-se que a “sociedade apresenta-se, ainda, como o fato irritante que, ao retirar da pessoa a sua individualidade, coloca-a em uma situação de generalidade, atribuindo-lhe um perfil e uma certeza” (GIMENEZ, 2016, p. 32).

Sobre a definição da identidade e da diferença, Gimenez diz que tal relação poderá implicar situações de exclusão, pois, quando o indivíduo afirma o que é, ao mesmo tempo está objetivando o que não é. Nesse sentido, explana que

A definição de identidade e, por conseguinte, da diferença, implica, necessariamente, em operações de incluir e excluir, pois sustentar o que é, implica, também, em dizer o que não é. Portanto, identidade e diferença se constituem em declarações sobre quem pertence e sobre quem não pertence, sobre quem está incluído e sobre quem está excluído. Ao afirmar-se uma identidade, demarca-se fronteiras, distinguindo-se o que está inserido e o que está fora, ao mesmo tempo em que se traduz em uma relação de poder por indicar posições-de-sujeito fortemente marcadas pela sua posição onde estão inseridos. (GIMENEZ, 2016, p. 30-31)

Sustenta Dahrendorf, ademais, que o ser humano, via de regra, deve ocupar uma pluralidade de posições (sexo, idade, colocação no mercado de trabalho, nacionalidade, etnia, religião, entre tantos outros), e infere, e parece-nos, acertadamente, que com o aumento da complexidade das sociedades também cresce o número de posições ocupadas por cada ser humano.

E é aqui que está a complexidade que se denota atualmente; diversos seres humanos, com inúmeros papéis sociais que lhes são atribuídos e, ainda, as incontáveis relações, diretas ou indiretas, que permeiam a vida destes indivíduos, nos mais diversos níveis de interação social (casa, trabalho, clube, grupo de amigos, etc.).

Atenta, ainda, para além das expectativas dos papéis sociais, às questões relativas à internalização dos comportamentos prescritos pela sociedade, sendo que, neste ponto – o de internalização – é que, pela segunda vez, é gerado o *homo sociologicus*. Assim, o homem, por meio “da observação, imitação, doutrinação e aprendizagem consciente deve crescer nas formas que a sociedade reserva para êle [sic] como portador de suas posições” (DAHRENDORF, 1969, p. 78). E é neste ponto que se encontram os objetivos, surgidos na sociedade industrial, das instituições de ensino. Este fenômeno da internalização de “valores” pelo indivíduo é, para a sociologia um processo de despersonalização do indivíduo, pois o resultado é a generalização pela supressão da liberdade e da individualidade pessoal.

No que diz respeito aos conflitos de expectativas no interior dos papéis sociais, afirma-se que tal análise se faz de extrema relevância para que se possa aprofundar a análise dos papéis sociais e mais, infere que muitos dos problemas da sociedade podem ser compreendidos e explicados através desta análise. Nessa perspectiva pode-se concluir que o homem social, ainda que não explicitamente, encontra-se sempre em conflito; ora com a sociedade irritante, ora com as expectativas dos papéis sociais pré-formados, ora com conflitos de expectativas contraditórias dos seus múltiplos papéis sociais.

Portanto, esse indivíduo, constituído e construído de diversos papéis sociais, de incontáveis inter-relações, consigo mesmo, com o outro e com o mundo, é o indivíduo da pós-modernidade. Um indivíduo multifacetado, de inúmeras possibilidades e que inter-relaciona com tantos outros indivíduos que da mesma forma foram constituídos na sociedade. Pode-se afirmar, assim, que

Esse é o sujeito pós-moderno, cuja identidade se transforma continuamente assumindo diversos papéis em diferentes momentos desde o nascimento até a morte. A confrontação do ser humano com a multiplicidade cambiante de identidades com respectivos

papéis sociais a serem desempenhados e o não cumprimento das expectativas decorrentes dos papéis pré-constituídos pelo grupo social, provoca uma irregularidade, bem como introduz uma situação excepcional. (GIMENEZ, 2016, p. 39)

Como afirmado por Dahrendorf e reafirmado por Gimenez, o indivíduo sempre estará em conflito. O conflito poderá ser interno, pelas mais diversas questões, ou com o outro, por tantas outras possibilidades. Assim, a não adaptação deste indivíduo ao modelo pré-formado pela sociedade, gerará conflitos. Conflitos também multifacetados e que escondem por detrás de si, todas estas expectativas geradas e não atendidas, todas estas múltiplas facetas pela qual o sujeito foi construído ao longo de sua vida.

3 O CONFLITO

É da essência do ser humano, portanto, o conflito. É por meio dele que poderá um indivíduo, ou um grupo de pessoas, ou uma nação, estar em constante evolução. Todavia, nem sempre os conflitos são tratados de forma positiva, de forma prospectiva e com vistas à evolução e aprendizagem de si e do outro. Muitos são os exemplos na história da humanidade em que ocorreram massacres, genocídios, entre tantas outras barbáries que foram exclusivamente geradas pelo agir (ou não agir) do ser humano. E, é em momento posterior à Primeira Guerra Mundial, instigados a compreender o porquê das guerras, que Albert Einstein e Freud (*Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra?*, 2005) realizam uma troca de correspondências.

O contexto das cartas se dá após a Primeira Guerra Mundial, momento em que algumas nações se viram imbricadas com objetivos de pacificação mundial, ou, em uma perspectiva um pouco menos idealista, começaram a pensar a guerra por outros ângulos, diversos daqueles até então aceitos mundialmente.

A principal inquietação exposta por Einstein a Freud é de se existe algum meio de livrar a humanidade da ameaça da guerra. Entendia ele que as formas pragmáticas até então buscadas de se solucionar tal problemática foram insuficientes e ineficazes. Propõe a instituição de um organismo legislativo e judiciário supranacional, o

qual arbitraria todo conflito entre os Estados e ao qual todas as nações se submetteriam. O próximo questionamento feito por Einstein é no sentido de compreender como esta minoria, que detém o poder nos Estados, consegue induzir a maioria que “concorda” em permanecer em uma situação de guerra a serviço dos objetivos gananciosos de alguns (neste ponto, Einstein refere-se à questão da produção e venda de armas para a guerra). Do que conclui que a minoria exerce um total monopólio da maioria, seja pela educação, pela mídia e, também, pela própria Igreja (2005, p. 21-25).

Mas, para Einstein, a questão não se resolve somente no poder de monopólio que detém as minorias. Questiona, assim, de que forma estas minorias conseguem, de forma tão eficaz, despertar e internalizar suas ideologias ao extremo, ao extremo de os indivíduos sacrificarem suas próprias vidas. E, assim, da compreensão de que todo homem encerra em si um desejo latente de ódio e destruição, seria relativamente fácil despertar tais desejos em situações que tirassem o indivíduo de sua zona de conforto, o que, segundo Einstein, poderia elevar tais desejos ao ponto de uma psicose coletiva, compreendendo que aí residiria a questão a ser analisada por Freud; se seria possível controlar a mente humana e fazer com que não se submetesse ao ódio e à destruição (2005, p. 21-25).

Freud afirma que o ponto de partida da investigação situa-se no poder e na violência. A violência, destarte, é a forma pela qual os animais, do que não se exclui o homem, resolvem seus conflitos de interesses. Todavia, ainda que as formas de uso da violência tenham se modificado, os objetivos ainda eram os mesmos. Aquele que perdesse deveria se subjugar aos interesses do vencedor. Ocorre que tal objetivo era com mais eficácia alcançado quando o inimigo era morto, pois aí eliminam-se todas as possibilidades de que o vencido recupere seu lugar de oposição e, além disso, matar o inimigo satisfazia o instinto natural de destruição do homem. No entanto, tais fatos se modificaram no transcurso da evolução do homem, passando a violência a ser exercida pelo direito ou pela lei. Freud trata esta violência como uma violência da comunidade, e não mais do indivíduo. No entanto, infere que o equilíbrio desta violência da comunidade só é possível na teoria. Isto porque, desde os primórdios, as comunidades são formadas por poderes, forças desiguais (2005, p. 29-47).

Estas desigualdades, portanto, criam uma comunidade onde alguns governam e detêm o poder e outros precisam se sujeitar à tal realidade. Esse cenário, por sua vez, cria duas questões; a primeira, de que os detentores do poder tentam se furtar das determinações que são impostas a todos os membros, e a segunda, de que as minorias buscam mais poder e a modificação das leis nesse sentido. Esta última questão é, segundo Freud, um dos motivos das guerras civis, pois, ou o direito se amolda e modifica a estas demandas, ou a classe dominante nega as almejadas modificações, o que dará início à rebelião e às guerras. Explana, ainda, uma terceira forma de modificação das leis, por meios pacíficos, que se dá através da transformação cultural dos indivíduos inseridos em determinada comunidade (2005, p. 29-47).

Freud, abordando especificamente um dos temas levantados por Einstein, concorda com este no sentido de que, de fato, o homem possui um instinto natural de ódio e destruição. Explica que, de acordo com estudos que vinha realizando, o homem possui apenas dois tipos de instintos, aqueles que buscam a preservação e a união e aqueles que tendem a destruir e a matar, estando ambos presentes no homem. Explana, ademais, não ser possível suprimir de forma absoluta o instinto de destruição do homem, mas é possível substituí-lo pelo estreitamento de vínculos emocionais, que podem ser de dois tipos. O primeiro, semelhante àqueles referentes a um objeto amado, embora sem conotação sexual, e o segundo é o que utiliza a identificação, que consiste no compartilhamento de interesses comuns, o que, por sua vez, possibilita as identificações (2005, p. 29-47).

Novamente, portanto, reafirmado pela troca de correspondências entre Einstein e Freud que o conflito faz parte da essência humana, no entanto, segundo Freud, apesar de não ser possível abolir em absoluto o instinto de destruição do homem, pode-se, por meio do estreitamento dos vínculos emocionais, substituí-lo. Assim,

[...] destaca-se que não há sociedade sem conflito, da mesma forma como o conflito não pode ser dissociado da ideia de Democracia. Reconhece-se que não há como projetar sociedade sem conflito, pois o conflito social é indispensável à Democracia, considerado motor e regulador dos sistemas e mudanças sociais. Como se percebe, um conflito pode ser negativo ou positivo, e as suas consequências decorrem da legitimidade das suas causas.

Todas as sociedades têm sua evolução marcada por conflitos, sendo elas resultado da interação entre os dois aspectos de conflito. Ou seja, o conflito, desde que controlado, acarreta na produção de conhecimento e crescimento social. Portanto, não há como eliminá-lo, mas deve-se conviver com ele. (GIMENEZ, 2016, p. 39-40)

Copelli e Spengler (2014, p. 241), analisando o conflito em Hobbes, inferem que o natural do agir do homem é o conflito, “já que há a possibilidade de desejo dos mesmos bens, caso da riqueza, ou das mesmas situações, caso dos postos de mando. Por fim, a mecânica humana, observado o ponto de vista hobbesiano, termina em luta, inimizade e guerra”. Ou seja, o conflito estará desenhado quando um ou mais indivíduos desejarem as mesmas coisas, momento em que ambas as partes buscam sobrepor seus desejos e ambições aos desejos e ambições da outra parte.

Para Gimenez (2016, p. 72), o conflito demonstra-se muito mais complexo do que sobreposição de desejos explícitos, quando infere que

[...] o conflito não somente corresponde ao outro, pois cada um modifica sua tática em razão das flutuações da ação do outro, da mesma forma não é produto objetivo de uma situação, mas consequência do desejo subjetivo das pessoas, de grupos ou de coletividades, as quais tratam de romper a resistência do outro opondo-se às suas intenções ou o seu projeto.

Entretanto, então, o que é o conflito, como defini-lo, quais motivações, quais facetas estão envolvidas, se, como anteriormente explanado, os sujeitos ativos destes conflitos são multifacetários, existe no conflito um fim específico, único, que então, é permeado e mascarado por outros mais superficiais? Ou é o conflito em si complexo e multifacetado, tão dinâmico quanto os sujeitos?

Buscando a resposta de tais questionamentos, ou, por ora, parte deles, concorda-se com o exposto por Spengler e Morais (2007, p. 304), quando afirmam que

Definir a palavra conflito é uma tarefa árdua, composta de diversas variantes: um conflito pode ser social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou entre nações, pode ser

um conflito étnico, religioso ou ainda um conflito de valores. De fato, a noção de conflito não é unânime. Nascido do antigo latim, a palavra conflito tem como raiz etimológica a idéia de choque, ou a ação de chocar, de contrapor idéias, palavras, ideologias, valores ou armas. Por isso, para que haja conflito é preciso, em primeiro lugar, que as forças confrontantes sejam dinâmicas, contendo em si próprias o sentido da ação, reagindo umas sobre as outras.

Portanto, o conflito pode ser compreendido como multifacetado, pois, ao mesmo tempo, pode ser permeado por incontáveis outras questões que fazem parte da vida e dos próprios indivíduos. Cada indivíduo traz consigo uma carga agregadora de conhecimentos e experiências vivenciadas, que, conseqüentemente, o formam e o moldam e, esta ‘carga da vida’ influenciará diretamente nos conflitos que irá enfrentar. Ademais, conforme explanam os autores, além de multifacetário, o conflito também prescinde de forças confrontantes, que buscam agir umas sobre as outras. Ou seja, não existe conflito sem contraposição.

No entanto, apesar de o conflito como demonstrado prescindir de forças confrontantes e dinâmicas, para a resolução do conflito não é necessário o ‘aniquilamento’ do outro. O que se pretende dizer é que, apesar de estarmos insertos em uma cultura de ganhador x perdedor, ou seja, somente vou ganhar se o outro perder, esta não é a única forma de se visualizar o conflito. Se visto desta forma, é negativo; mas, como já explanado, o conflito é também positivo e se, administrado de forma coerente, com uma visão positiva e prospectiva – eu também posso ganhar se o outro ganhar – pode ser utilizado como uma forma de transformação, crescimento e evolução. Deste modo, é necessário que se compreenda que

O conflito faz parte das relações humanas, tanto pessoais quanto interpessoais, e pode ser visto como forma de crescimento pessoal e social, a partir do momento em que abre espaço para reflexões e mudança de posições e ressignificação de valores. Dos conflitos podem-se extrair grandes oportunidades de crescimento, transformação. (RABELO; SALES, 2009, p. 83)

Tanto para o ser humano, enquanto em constante evolução e aprendizado, como também para a Democracia, o conflito é imprescindível.

dível, sendo que o “importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo, fugindo da idéia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo, conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflitos é estática” (MORAIS; SPENGLER, 2007, p. 306).

Impor os desejos de um sobre o outro será, portanto, o objetivo de um conflito mal administrado, pois os indivíduos envolvidos tentam, através do confronto de vontades, ‘solucionar’ a contenda dominando a outra parte. E é exatamente isto que ocorre judicialmente. Quando se tiver um ganhador e um perdedor, o processo estará solucionado; supostamente, os desejos dos envolvidos foram atendidos. Mas esta é apenas uma satisfação simbólica. Moraes e Spengler (2007, p. 305) afirmam que “no final, o desenlace pode nascer do reconhecimento da vitória de um sobre a derrota do outro [...]. Então, percebe-se que não se reduz a uma simples confrontação de vontades, idéias ou interesses. É um procedimento contencioso no qual os antagonistas se tratam como adversários ou inimigos”.

O conflito, destarte, ‘solucionado’ a partir desta perspectiva dualista e antagonista, apenas irá contemplar superficialmente as contendas. Não irá tratar os reais motivos que ensejaram determinado conflito, o que, por sua vez, fará com que os indivíduos não busquem tratar de forma positiva e prospectiva seus problemas.

4 UM JUDICIÁRIO ESGOTADO

O Poder Judiciário está imbuído e mergulhado em uma cultura simbólica de resolução de conflitos, uma cultura que trata os envolvidos como adversários e antagonistas, dentro de um modelo onde não existe espaço para um real tratamento destes conflitos, tampouco é admissível uma administração dos interesses das pessoas, onde todas pudessem ser ganhadoras, sem a necessidade de aniquilar o outro para que isto acontecesse. Assim, para Rabelo e Sales (2009, p. 84),

A cultura da resolução estritamente adversarial e formal intensifica a má administração dos conflitos e, muitas vezes, resulta em violência, tanto entre as partes como na sociedade e nos próprios profissionais, perpetuando-se pelas gerações. Tal cultura,

além de absorvida pelos seres humanos, que naturalmente já lidam com aspectos derivados do maniqueísmo, foi reforçada tradicionalmente nas faculdades de Direito brasileiras, que só nos últimos anos vêm implementando disciplinas em que se discute a administração pacífica dos conflitos.

Esta administração simbólica dos conflitos judiciais, já que o conflito não é tratado, mas apenas é imposta uma 'solução' vertical às demandas, aliada a uma cultura da judicialização, ou seja, somando-se o fato de que os indivíduos, atualmente, perderam a capacidade de dialogar pacificamente e resolver os conflitos das suas próprias vidas, sem a necessidade da intervenção de um terceiro que o faça, resulta em um judiciário ineficaz e ineficiente, respectiva e consequentemente. Segundo Spengler (2014, p. 24),

No decorrer do ano de 2012 passaram pelo segundo grau da Justiça Estadual aproximadamente 3,73 milhões de processos, sendo que 2,11 milhões ingressaram no mesmo ano. Neste mesmo grau de jurisdição foram julgados 2,21 milhões de casos e apresentou-se uma taxa de congestionamento de 45,2%. Ainda neste ano de 2012, no que tange ao primeiro grau de jurisdição estadual, deve-se elucidar que tramitaram cerca 58,84 milhões de processos, destes 45,68 milhões encontravam-se pendentes. Também foram expedidas mais de 9,92 milhões de decisões. A carga de trabalho por magistrado na referida Justiça foi de aproximadamente 6.208. Percebe-se assim, que de 2011 para o ano de 2012 a carga de trabalho dos magistrados aumentou. Cabe salientar que de 2009 a 2011 a quantidade de processos julgados diminuiu ano após ano, entretanto, em 2012, esse número voltou a crescer.

Com a análise estatística apresentada acima, resta claro que o sistema está saturado, não mais dá conta. E atente-se para o fato de que não é apenas pela taxa de congestionamento do Judiciário que este mostra-se ineficaz, mas também pela qualidade das decisões proferidas, que, como já dito, tendo em vista a má administração dos conflitos dentro do sistema, finaliza as contendas com uma solução simbólica, mas que, de fato, não alcança, na maioria das vezes, os reais desejos e anseios das partes envolvidas. O que, não raras vezes, considerando a resolução apenas simbólica daquela demanda, resultará em uma multi-

plicação de tantos outros processos, que, novamente contribuirão para a taxa de congestionamento do Poder Judiciário.

Nesta perspectiva, inferem Copelli e Spengler (2014, p. 237) que “se os limites de eficiência do direito, compreendido como mecanismo tradicional e legítimo para pôr fim a conflitos, não são mais capazes de, a contento, cumprir as funções que lhe são delegadas através do Estado, e a solução não reside na sua ampliação, resta propor alternativas à questão”.

Ainda nesse mesmo norte, Gimenez (2016, p. 174) explana que

[...] a função jurisdicional desempenhada pelo Estado não oferece respostas satisfatórias aos conflitos que emergem diante da complexa sociedade contemporânea, a qual enfrenta uma crise de efetividade que, por sua vez, demanda a busca de práticas complementares de tratamento de conflitos, cuja sustentação se dá pelo pluralismo de valores, na reabertura dos canais de comunicação interrompidos e na reconstrução de laços socialmente destruídos, propondo um modelo voltado para a comunicação, a amizade, a alteridade e a fraternidade. Os métodos tradicionalmente utilizados pelo Direito não encontram adequação entre a complexidade das ações judiciais, as pessoas envolvidas e as técnicas jurídicas aplicadas, o que acarreta a insatisfação dos anseios/interesses interligados ao conflito.

O que se tem com o modelo tradicional é na verdade, um distanciamento entre a vida do envolvidos, ou seja, seus anseios, desejos, suas frustrações, expectativas, e aquilo que é proposto pelo Judiciário; tratar o outro como um inimigo, em uma verdadeira batalha durante o processo, para que, ao final, eu tenha maiores chances de ser o ganhador. Desse modo, “sem admitir e sem sequer perceber a fluidez das relações sociais, ignorando as múltiplas faces do conflito, o Estado mantém os rituais de uma dinâmica que já não oferece mais respostas satisfatórias, fomentando a ideia de que o processo judicial é o único meio para dizer o direito [...]” (COPELLI; SPENGLER, 2014, p. 245-246).

Agindo desta forma,

[...] o Poder Judiciário racionaliza a vingança, a subdivide e limita como melhor lhe parece e a manipula sem perigo; buscando uma técnica eficaz de prevenção da violência. Essa racionalização da

vingança se apoia sobre a independência da autoridade judiciária que recebeu tal encargo, atribuição que ninguém discute. Assim, o Judiciário não depende de ninguém em particular, é um serviço de todos e todos se inclinam diante de suas decisões. (MORAIS; SPENGLER, 2007, p. 308)

Uma transformação, portanto, se faz necessária no atual cenário do sistema judiciário que visivelmente está esgotado para atender a estas novas contendas, pois, aquelas para as quais foi idealizado não mais condizem com as que atualmente se depara.

Não se diz aqui de um total esgotamento, de uma completa ineficiência. Por óbvio que em diversas situações o papel do judiciário é imprescindível. Se atenta, todavia, para o que esta sociedade em transformação propõe e traz ao poder judiciário. Não é mais possível que se feche os olhos para tal situação. Não é mais possível que se resolvam novas e complexas contendas com instrumentos velhos e já ultrapassados para diversas situações. Nesse sentido, afirma-se que

Os métodos alternativos/consensuais/adequados de resolução de conflitos não foram criados ou aprimorados para substituir o modelo tradicional de utilização do sistema judicial, nem para descongestioná-lo (não havendo, inclusive, qualquer relação de hierarquia entre o Poder Judiciário e os mecanismos consensuais), mas sim para propiciar opções viáveis, alternativas para as pessoas que buscam soluções diferenciadas, específicas, e, talvez, especializadas para suas distintas inter-relações. (RABELO; SALES, 2009, p. 77)

O Judiciário, nesta necessidade de afirmação enquanto ciência na fase moderna, burocratizou e impessoalizou a solução dos litígios. Ocorre que a ressignificação deste pensamento incrustado na burocracia, na impessoalização e no sistema ganhador x perdedor, pressupõe também a existência de uma participação efetiva dos próprios sujeitos envolvidos nas demandas.

Nesse viés de necessária ressignificação, de transformação e mudança das tradicionais formas de se pensar o direito é que a mediação, enquanto método adequado de tratamento de conflitos se mostra viável. Assim, essa “proposta diferenciada de tratamento dos conflitos emerge

como estratégia à jurisdição tradicional, propondo uma metodologia que faça novas abordagens ao contexto conflitivo atual” (SPENGLER, 2014, p. 50). Possibilita, portanto, a efetiva participação dos envolvidos, além de conferir dignidade e liberdade a estes sujeitos, também o emancipando enquanto indivíduo e proporcionando as condições mínimas para o exercício de sua cidadania.

5 MEDIAÇÃO: AUTONOMIA, DEMOCRACIA E CIDADANIA

Propõe a mediação “um modelo de justiça que foge da determinação rigorosa das regras jurídicas, abrindo-se à participação e à liberdade de decisão entre as partes, à comunicação de necessidades e de sentimentos, à reparação do mal mais que a punição de quem o praticou” (SPENGLER, 2014, p. 48). Para Warat (1999, p. 5. Grifo original.), “a mediação é uma forma **alterativa** (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito positivo”. Ademais, conforme Spengler (2014, p. 48),

[...] esse modelo diferenciado que propõe uma outra forma de tratar os conflitos, buscando não só uma solução para o Poder Judiciário (cujo modelo de jurisdição se encontra esgotado), mas também a autonomia das partes, possui, na falta de previsibilidade (baseada nas regras e nos procedimentos), uma causa de vantagem e outra de desvantagem. A vantagem fundamental é a não submissão a uma *lex* prévia, o que permitirá um grau maior de atenção ao caso concreto, favorecendo a identificação de uma pluralidade de caminhos condizentes com as características de cada conflito.

Nesta perspectiva, destarte, a mediação “é uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de resposta) para uma estratégia partilhada e convencionada que tenha por base um direito inclusivo” (SPENGLER, 2014, p. 50).

A autonomia conferida aos indivíduos é outro aspecto de positividade encontrada na mediação, pois aposta “numa matriz autôno-

ma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de ‘resolução adversária de disputas jurídicas modernas’, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade (SPENGLER, 2014, p. 50). Assim, pode-se inferir que a mediação, enquanto espaço de reencontro, “utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio (SPENGLER, 2014, p. 50). É também um espaço de transformação, na medida em que “é o próprio trabalho de aprendizagem da administração dos conflitos do desejo. O trabalho simbólico sobre a administração (reconstrutiva) de nossos conflitos é, em si mesmo, transformador” (WARAT, 1999, p. 36).

Os envolvidos neste método adequado de tratamento de conflitos são os protagonistas; o diálogo é priorizado para que possam os envolvidos escutar e serem escutados, compreender e serem compreendidos. Não preconiza nenhuma forma estática, tampouco objetiva uma verdade real e absoluta. Procura, todavia, diferentemente do modelo tradicional, “resgatar a capacidade de alteridade de cada um para que, mesmo diante da diferença, possam reconhecer-se e, enfim, entender-se através do diálogo, possibilitando a recuperação da autonomia, da responsabilidade e da formação de um consenso nem induzido, nem imposto, mas racional e, enfim, voltado à paz [...]” (COPELLI; SPENGLER, 2014, p. 250).

O direito fraterno encontra-se na base deste método adequado de tratamento de conflitos, e está “centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais” (MORAIS; SPENGLER, 2007, p. 315).

A mediação que, diferentemente do modelo tradicional não trabalha dentro da lógica ganhador x perdedor, mas sim preconiza pelo diálogo e pela compreensão mútua dos envolvidos, permite

[...] aumentar a compreensão e o reconhecimento dos participantes, construir possibilidades de ações coordenadas – mesmo que na diferença –, incrementar diálogos e a capacidade de pessoas e comunidades que possam/queiram comprometer-se responsavelmente para com decisões e acordos participativos, especificando as mudanças que ocorrerão. Os acordos/arranjos alcança-

dos através dessas metodologias apresentam resultados efetivos que permitem considerar – e em muitos casos resolver – disputas e diferenças, permitindo aos participantes elaborar novas ferramentas para organizar as suas relações. É nesse sentido que essas metodologias para o tratamento dos conflitos se definem como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível. (MORAIS; SPENGLER, 2007, p. 318)

Nessa perspectiva, de efetiva participação dos envolvidos na construção das decisões, a mediação é também um mecanismo de “inclusão social, na medida em que as partes se tornam corresponsáveis pela construção de uma resolução mais adequada para suas contendas, e, ainda, de pacificação social, já que um dos objetivos dos mesmos é que as partes aprendam a administrar seus conflitos por meio do diálogo” (RABELO; SALES, 2009, p. 75). Ademais, destaca-se que

Todo conflito obriga a uma situação de influências recíprocas que tem que ser resgatadas em suas potencialidades, para produzir a diferença na disputa e em cada uma das perspectivas de vida das partes enfrentadas. A metodologia transformadora em mediação supõe aproveitar as potências do conflito, os sentidos construídos interativamente com as pessoas que intervêm nas sessões de mediação. (WARAT, 1999, p. 16-17)

O conflito, portanto, da perspectiva da mediação, será gerido pelos próprios envolvidos com o auxílio de um terceiro facilitador do diálogo. Assim, “tem como principal objetivo o restabelecimento da comunicação entre as partes. A intervenção deste terceiro geralmente se efetiva quando, por falta de diálogo ou confiança, as partes não conseguem chegar a uma solução satisfatória” (RABELO; SALES, 2009, p. 80). Para Warat (1999, p. 16), a “orientação transformadora (da mediação) vê o conflito como uma das principais forças positivas na construção das relações sociais e na realização da autonomia individual”.

É de se frisar que a referida ‘solução satisfatória’ na mediação não está vinculada a um acordo final, como ocorre nos processos judiciais; mas sim está estritamente relacionada com a satisfação dos envolvidos frente aos seus reais interesses e desejos. Ou seja, podem ocorrer situações em que os envolvidos não cheguem a um acordo final relativo àque-

la situação específica, mas estão satisfeitos com o reestabelecimento do diálogo, ou, não raras vezes, com um pedido de perdão realizado. Assim, é possível afirmar “que ao se conseguir facilitar o diálogo a mediação foi exitosa, mesmo que no momento do processo mediativo as partes não cheguem de imediato a uma solução” (RABELO; SALES, 2009, p. 82). Considerando tal explanação, afirma-se que

A mediação é a proposta mais adequada à complexidade conflitiva atual, na medida em que consegue tratar as contendas por inteiro sem precisar da intervenção estatal. Assim, as partes têm total liberdade para dialogar e expor tudo aquilo que as está reprimindo, desde as angústias, sentimentos e aspirações, para, ao final, se for do desejo mútuo, formalizar um acordo que será efetivamente cumprido. (WÜST, 2014, p. 72)

Esta total liberdade de os envolvidos tratarem suas próprias contendas por intermédio deste método adequado de tratamento de conflitos, apenas com o auxílio de um facilitador do diálogo, exprime o viés democrático da mediação, pois, no “momento em que a pessoa participa da solução de seus próprios conflitos, está contribuindo para o exercício da cidadania, e sabe-se que o processo de democratização pressupõe a existência de cidadãos ativos” (RABELO; SALES, 2009, p. 82). Afirma-se, destarte, que

[...] a mediação realiza, através de uma pluralidade de formas, o fim que o Direito, na sua generalidade, parece negar ao singular: a possibilidade de recuperação daqueles espaços decisoriais que a organização estatal, sempre invasiva e juridificada, passo a passo subtraiu. No entanto, opor a mediação ao Direito significa recair na lógica conflitual da qual se busca a liberdade. Talvez seja melhor (e mais útil) considerá-los como instrumentos diferentes que se inserem em estados e níveis diversos na trama da conflitualidade. (SPENGLER, 2014, p. 46)

É possível com a mediação, portanto, que os cidadãos participem ativamente das questões que fazem parte das suas próprias vidas e, “independentemente da natureza das controvérsias – questões financeiras, familiares ou uma simples briga entre vizinhos – o importante é que seu

resultado final se concretize no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados” (WÜST, 2014, p. 76). Gimenez explica que os objetivos da mediação são

[...] a solução dos problemas (aqui compreendida como tratamento do conflito); prevenção dos conflitos; inclusão social; e paz social. O tratamento do conflito se dá por meio do diálogo, no qual as partes interagem na busca de um acordo/resultado satisfatório para ambas, possibilitando uma boa administração da dificuldade que existe para cada uma; a prevenção, por sua vez, ocorre diante do restabelecimento das ligações entre as pessoas ou criando vínculos até então não existentes, os quais impedirão a má administração de conflitos futuros. (GIMENEZ, 2016, p. 123-124)

Portanto, a mediação não trata o conflito tão somente quando este já estiver instalado, mas por meio do empoderamento dos indivíduos, bem como por meio do restabelecimento ou fortalecimentos dos vínculos, atua também preventivamente. Pois aquele cidadão empoderado saberá futuramente como administrar de forma positiva e prospectiva os conflitos pelos quais terá que passar ao longo de sua vida. De acordo com Gimenez (2016, p. 80-81), “o exercício concreto da cidadania requer um empoderamento das pessoas capazes de lidar com o seu próprio conflito e de gerir sua própria vida, razão pela qual o estudo dos meios complementares de tratamento de conflitos realiza esse objetivo”. Nesta perspectiva, a mediação para além de atuar na esfera individual de cada indivíduo, atua positivamente na própria sociedade, pois

Novas práticas de justiça devem ser realizadas a fim de retirar das pessoas a sensação de alienação social operada pelos poderes do Estado e, em especial, por seus representantes. Nessa ótica, verifica-se que a revolução democrática da justiça deve superar primeiramente o distanciamento da justiça das pessoas, estabelecendo um elo sólido e permanente, atendendo à sua função social de garantir e concretizar a cidadania de forma que cada um seja mais consciente de seu papel na sociedade, bem como participar direta e efetivamente do desenvolvimento social, político, econômico e cultural do seu espaço, pois sem direitos de cidadania, efetivos, a democracia traduz-se em uma ditadura mal disfarçada. (GIMENEZ, 2016, p. 80-81)

Tratar os conflitos de forma transformadora e transgressora (uma transgressão positiva, no sentido de visualizar outros nortes além daqueles impostos) é a proposta da mediação. É necessário se compreender que “trabalhar sobre um conflito implica aceitar que para resolvê-lo não é preciso aniquilar o outro. Posso encontrar uma solução que respeite a diferença do outro” (WARAT, 1999, p. 36-37). Nesse caminho, propõe-se uma “substituição, na resolução de conflitos, de um saber de dominação por um saber solidário, ecológico. A substituição de uma solução alienante por uma solução que vá ao encontro da autonomia [...]” (WARAT, 1999, p. 36-37).

A substituição de uma solução alienante para uma solução que se coadune com a autonomia dos indivíduos é primordial no sentido de os indivíduos passarem a visualizar que são capazes de gerir seus próprios conflitos. Pois, no momento em que é possibilitado ao indivíduo intervir de forma positiva na sua própria vida, este mesmo indivíduo se verá capaz de intervir positivamente também na vida da sociedade/comunidade em que vive, pois, conseqüentemente, tal intervenção igualmente gerará efeitos positivos para si. É o que Touraine (1996, p. 188) chama de ‘condições institucionais da liberdade do sujeito’, a qual, segundo o autor “opera-se *necessariamente* pelo reconhecimento mútuo de que todos os indivíduos podem realizar tal esforço. A democracia será impossível se um ator se identificar com a racionalidade universal e reduzir os outros à defesa da própria identidade particular”.

Para Warat (2004, p. 328), tal liberdade é expressa pela autonomia do sujeito, que nos parece ser uma condição à efetivação da democracia, quando infere que a ideia de autonomia, assim, “aparece referida à necessidade de que o homem não aceita ser condicionado por regras que ele mesmo não possa determinar em função dos fins que ele próprio se propõe ou dos fins que institui em uma comunicação não alienada com os outros”. É necessário para tanto e também para o reconhecimento das diferenças “aceitar o caráter inacabado e indeterminável das relações sociais, dado que elas, a cada instante, se refazem de um modo imprevisível” (WARAT, 2004, p. 328). Desta forma, existe

[...] uma estreita vinculação entre uma democracia de qualidade e a prática cidadã. Quanto mais democratizada a participação dos cidadãos nas decisões políticas, com a disponibilização tanto de mecanismos de intervenção popular (referendo, plebiscito, etc.)

quanto de espaços e oportunidades para uma participação efetiva, com o respeito às diferenças e a procura da construção de consensos, mais intensa será a noção de cidadania ali observada. (RABELO; SALES, 2009, p. 87)

Na perspectiva waratiana, a efetivação da democracia também se dá pela emancipação, ou, ainda, pelo reconhecimento dos direitos de intimidade, que tiveram uma relação retrógrada ou quase nula na modernidade. Infere-se que o sujeito moderno foi na verdade uma mera construção do “imaginário social que nos impregnou de uma sensação de unidade que terminou sendo contraproducente em relação à nossa busca de emancipação e em termos de nossa necessidade de nos construir em alteridade” (WARAT, 2010, p. 92). Somente com a saída da modernidade é que se abandona a ideia totalitária de unidade, sendo possível, a partir daí, perceber os fragmentos de sentidos, ou, ainda, a multiplicidade dos sentidos e dos significantes. Possibilidade de o homem se perceber enquanto um ser complexo, constituído de múltiplos fragmentos. Assim,

Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação à conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania. Um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais – de nos integrar no conflito com o outro –, com um sentimento de pertinência comum. Uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um num conflito, gerando devires reparadores e transformadores. (WARAT, 1999, p. 7)

É a reinvenção da relação mesma entre os conflitantes que busca a mediação. Uma reinvenção positiva, com vistas a reestabelecer o elo que existe, mas encontra-se fragilizado (GIMENEZ, 2016, p. 225). E, para além disso, possui “caráter transdisciplinar, reconfigurando o próprio Direito e se alojando na discussão de uma perspectiva abstrata e normativa em busca de estabilidade, mas, no centro das relações, as

quais decorrem elementos irracionais, subjetivos, emotivos, ocupando a sensibilidade como ordem do dia” (GIMENEZ, 2016, p. 225). E, dentro deste mesmo trilhar, está a mediação comunitária, feita na comunidade, pela comunidade e voltada para a comunidade.

6 MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA?

Na segunda parte deste trabalho, explanou-se acerca da troca de correspondências entre Einstein e Freud, em obra posteriormente intitulada “Por que a guerra?” (2005). Freud, em resposta aos questionamentos de Einstein, afirma não ser possível suprimir de forma absoluta o instinto de destruição do homem, mas é possível substituí-lo pelo *estreitamento de vínculos emocionais*, que podem ser de dois tipos. O primeiro, semelhante àqueles referentes a um objeto amado, embora sem conotação sexual, e o segundo é o que utiliza a *identificação, que consiste no compartilhamento de interesses comuns*, o que, por sua vez, possibilita as identificações.

E é exatamente o estreitamento de vínculos emocionais pelo compartilhamento de interesses comuns que pode ser observado na mediação e, especialmente e com mais ênfase na mediação comunitária.

Mas, afinal, a mediação comunitária se difere em quais pontos da mediação?

A mediação comunitária possui, basicamente, todos os elementos, ‘objetivos’ e princípios da mediação, a não ser pelo fato de ser realizada na comunidade, pela comunidade e para a comunidade. A mediação judicial, por exemplo, será realizada dentro do Judiciário, por mediadores judiciais (que não conhecem os envolvidos e nem sua realidade) e com o fim único de atender os interesses dos envolvidos. Já a mediação extrajudicial, mas não realizada na comunidade, poderá, por exemplo, ser realizada em uma Câmara Privada de Mediação, por mediadores qualificados, mas que, igualmente aos mediadores judiciais, não conhecem os envolvidos e nem a sua realidade.

Assim, sublinha-se que o ‘trunfo’ da mediação comunitária é a proximidade dos mediadores com a própria comunidade, pois deverá²

² Nos casos de mediação comunitária há uma particularidade essencial: é pré-requisito básico que o mediador seja um integrante da comunidade, uma pessoa que possua a confiança de todos, ainda que não detenha qualquer conhecimento técnico. Ele será

ser realizada por um morador daquela mesma comunidade (e escolhido por ela) onde está instaurado o conflito. Ou seja, conhece dos costumes da comunidade, conhece as pessoas, a forma de organização, compreende as dificuldades e os anseios partilhados por todos os membros daquela comunidade, pois dela também faz parte. Desta forma, afirma-se que a mediação comunitária

[...] emerge como uma nova maneira de olhar o conflito, que propicia uma real revolução no modo como o acesso à justiça é encarado, na relação entre as partes e na sociedade como um todo, uma vez que almeja o tratamento da controvérsia, a prevenção da má administração dos conflitos, a inclusão social e a convivência pacífica. [...] Logo, o diálogo transformador e a participação das partes na construção de um consenso visam tão somente a robustecer os laços comunitários destruídos. Destarte, ela é considerada uma política pública que tem como desafio aceitar a diferença, a singularidade e a diversidade das pessoas para que, através da comunicação, os vínculos de amizade e fraternidade despontem num nítido fortalecimento do sentimento de cidadania e de integração da vida em comunidade. (WÜST, 2014, p. 91-92)

É, portanto, um efetivo instrumento de “Justiça social que possui uma cadência própria e destina-se a criar, reatar e fortalecer laços até então destruídos entre os indivíduos, a partir de uma ética da alteridade que busca no diálogo produtivo o respeito às diferenças e a composição da lide.” (WÜST, 2014, p. 93-94). Exprime, assim, um real exercício da cidadania e da democracia, pois “viabiliza aos atores sociais deixarem uma situação de inércia, de total dependência do Estado, para buscarem o acesso à justiça, resolvendo por si mesmos seus conflitos através de um mediador da própria comunidade.” (JAQUES, 2014, p. 78). Entre outros,

O grande diferencial, portanto, da mediação comunitária é o fato de ela ser executada na comunidade por um mediador que é membro desta e que foi escolhido e capacitado para atuar em prol da harmonização dos interesses controvertidos. Ainda, sendo a

procurado voluntariamente pelas partes, o que resultará em uma situação favorável de conforto extremamente positiva para a solução do conflito (JAQUES, 2014, p. 79).

atuação voluntária, percebe-se que o mediador é movido pelos sentimentos de amizade, fraternidade, alteridade e inclusão social. (WÜST, 2014, p. 108-109)

Ainda no que diz respeito às potencialidades da mediação comunitária, destaca-se o fato de ser gratuita, ou seja, os envolvidos não terão nenhum custo para participar, independentemente de sua situação econômica (por isso também democrática), e para além disso, destaca-se que outro ponto de extrema importância na mediação comunitária é “a criação e o fortalecimento dos laços [...], proporcionando uma maior aceitação da solução encontrada para o conflito, incentivando a participação ativa dos sujeitos da comunidade na vida social, bem como cultivando um pensar coletivo, pautado nos interesses gerais da comunidade e não mais nos interesses individuais” (JAQUES, 2014, p. 76). Ademais, faz começar a ser compreendida “uma cultura de não apenas discutir questões individuais, mas principalmente as questões de natureza coletiva necessárias para o desenvolvimento e convivência social em todos os seus níveis” (JAQUES, 2014, p. 82).

O mediador da comunidade, portanto, que será um mediador independente, que, segundo Spengler (2012, p. 200),

[...] pretende levar aos demais moradores o sentimento de inclusão social. Essa inclusão social dos indivíduos formadores da comunidade pode ser concretizada mediante a autonomização e a responsabilização por suas escolhas e por suas decisões, seja no concernente a conflitos verídicos/experienciados ou a conflitos latentes. Assim, criam-se vínculos, fortalecendo o sentimento de cidadania e de participação da vida social da comunidade.

Resta (2004, p. 129-131) evidencia que o papel do mediador, ou do conciliador, está acima de qualificações ou formações para tanto, pois será conciliador ou mediador aquele que, naquela situação, conseguir mediar e reestabelecer o diálogo entre os envolvidos. O mediador, portanto, faz com que mundos não comunicáveis comuniquem-se, tornem-se comunicáveis, representa e traduz as linguagens possibilitando a acessibilidade aos significados. É uma espécie de tradutor no meio de duas línguas, duas culturas, duas vidas.

Ademais, a mediação comunitária “busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica, contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz.” (SPENGLER, 2012, p. 227). É uma forma, um meio, uma alternativa, portanto, de empoderar os indivíduos e a própria comunidade para a resolução de suas contendas e, para além disso, possibilita o resgate e o reestabelecimento de laços de amizade, fraternidade, cooperação e solidariedade, por meio do compartilhamento de interesses comuns aos indivíduos e à comunidade.

7 CONCLUSÃO

Com a pós-modernidade pode-se observar uma espécie de ‘ruptura’ no que se refere à formação das identidades, comparando-se à modernidade. Nesta, a formação da identidade dos sujeitos era dualista e excludente; o sujeito, necessariamente, precisava enquadrar-se aos modelos sociais pré-formados. Já na pós-modernidade, este sujeito começa a compreender-se como complexo e multifacetário, o que, por sua vez, também modifica os conflitos nos quais estes sujeitos estão inseridos; agora igualmente complexos e multifacetários.

Estes conflitos, entretanto, são da essência do ser humano, pois não é possível evoluir sem o conflito. Portanto, faz-se necessário não a eliminação dos conflitos (até porque isto não é possível), mas sim aprender a administrá-los de forma positiva e prospectiva.

Ressalta-se ainda que o atual sistema judiciário, assim como o sujeito da modernidade, também está alicerçado sob uma ótica dualista, excludente e antagonista, onde somente é possível que um ganhe caso o outro perca. Todavia, esta forma de ‘resolução’ não mais dá conta dos diversos e multifacetários conflitos que se apresentam, sendo necessárias, nesta perspectiva, alternativas de tratamento de conflitos que abranjam adequadamente as singularidades e as diferenças.

Assim, portanto, a mediação, e especialmente a mediação comunitária, é uma forma de efetivação da cidadania. Isto porque possibilita que os envolvidos tratem adequadamente seus conflitos e construam soluções que observem os dois lados da controvérsia. Foge, desta forma, da perspectiva ganhador x perdedor, inserindo a pacificação dos

conflitos em uma perspectiva ganhador x ganhador. Ademais, a mediação comunitária, por meio da autonomia que possibilita aos envolvidos, empodera os sujeitos e a própria comunidade no tratamento das contendas, abrindo caminhos ao resgate e reestabelecimento de laços de amizade, cooperação, solidariedade e fraternidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo Sociologicus*. Trad. Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

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

JAQUES, Marcelo Dias. Caminhos para a cidadania: a mediação comunitária como instrumento efetivo para a resolução de conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; COPELLI, Giancarlo Montagner; JAQUES, Marcelo Dias (Orgs.). *O sistema de Justiça e suas instituições: Ensaio à luz dos Direitos Humanos e Democracia*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194916>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

_____. *Retalhos de mediação* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

_____; COPELLI, Giancarlo Montagner. A Complexa Sociedade Líquida e as Alternativas ao Sistema Judiciário Frente à Ausência do Leviatã. *Sequência*,

n. 69, p. 235-254, dez. 2014. DOI: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p235>>

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”. *Revista Sequência*, n. 55, p. 303-326, dez. 2007.

TOURAINE, Alain. O que é a democracia? Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

UM DIÁLOGO ENTRE EINSTEIN E FREUD: por que a guerra? VENTURA, Deisy de Freitas; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva (apresentação). Santa Maria: FADISMA, 2005. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05620.pdf>>

WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Ecologia, Psicanálise e Mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Buenos Aires: Almed, 1999.

_____. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WÜST, Caroline. *Mediação comunitária e acesso à justiça: as duas faces da metamorfose social [recurso eletrônico]*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

MEDIAÇÃO: UM DIREITO FRATERNAL NO TRATAMENTO DE CONFLITOS DAS RELAÇÕES SOCIAIS

BRUNO RAFAEL DOS REIS¹

1 INTRODUÇÃO

Face à problemática da complexidade social, onde problemas jurídicos e conflitos de interesses têm crescimento exponencial na sociedade contemporânea, suas principais estruturas: a ciência, a técnica, a economia, a própria sociedade e a cultura consequentemente são afetadas.

Diante disso, dissidências individuais e sociais surgem no contexto, tornando-se perceptível que os conflitos sociais tendem historicamente a ter vários enfoques, desde as manifestações de classes até o enfrentamento bélico.

Por sua vez, a complexidade é consequência da evolução tecnológica, de produção veloz e em larga escala, bem como gerada pela grande quantidade de informação que fazem com que o indivíduo tenha dificuldade em refletir conceitos básicos. Do mesmo modo, a produção de novos conhecimentos também se torna geradora de novas incertezas e, consequentemente, complexidade.

Isto posto, é necessário que os conflitos sejam regulados para que se possa garantir segurança e harmonia social, e para isso é preciso tratá-los. Por meio de mecanismos de controle, busca regulamentar a inte-

¹ Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo (RS). Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), *campus* de Santa Rosa (RS). Integrante do grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo (RS). Advogado. E-mail: brunoreis.brunoreis@gmail.com

ração social, principalmente por meio do direito, com o fim de viabilizar sua subsistência.

Portanto, cria-se a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos de tratamento de conflito, a qual se desenvolve com a complementação do sistema judiciário através dos meios alternativos de resolução conflituais, que representam meios de garantia de direitos, bem como efetivos instrumentos de pacificação social.

2 SOCIOLOGIA CONFLITUAL

É pressuposto para a compreensão das formas de tratamento de conflitos analisar o motivo da existência da controvérsia, e para isso torna-se necessária uma explicação mais esmiuçada para a palavra conflito. Julien Freund (1995, p. 58) trabalha na perspectiva de que o conflito consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. Para manter esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes lançam mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes.

Esse enfrentamento pode ser visto historicamente com vários enfoques, desde as manifestações de classes até o enfrentamento bélico. A partir desta análise, é notório que a existência de normas reguladoras da vida social não é suficiente para impedir ou suprimir os conflitos que surgem entre indivíduos, onde fatores ligados às suas pretensões são motivações que causam tensão individual e social. (FREUND, 1995).

Portanto, para a compreensão do conflito, torna-se necessária a análise de temas que não envolvem apenas aspectos jurídicos, mas também sociais, filosóficos e psicológicos, pois não é o conflito em si mesmo, mas a maneira como os seres humanos lidam com ele que acabam por torná-lo um catalisador, criando uma complexidade ainda maior (WARAT, 2004).

Sopesando o conflito em um contexto de dualidade, nota-se que a tentativa de dominação de um indivíduo sobre o outro pode se concretizar por meio da violência direta ou indireta, ou da ameaça física ou psicológica. No final, o desenlace pode resultar no reconhecimento

da vitória de um e a derrota do outro. Nesse diapasão, o conflito é uma maneira de ter razão independentemente dos argumentos racionais (ou razoáveis). Então, percebe-se que o conflito não se reduz a uma simples confrontação de vontades, ideias ou interesses. É um procedimento contencioso no qual os antagonistas se tratam como adversários ou inimigos (FREUND, 1995).

Segundo Warat (2004, p. 90), “não é o conflito, em si mesmo, mas como nós lidamos com ele é que cria dificuldades”, tornando-o um catalisador, onde se vislumbra antecipadamente uma série de respostas e consequências enlaçadas. Nesse contexto de divergências de pretensões

O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades, quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar através da violência direta ou indireta, através da ameaça física ou psicológica. No final, o desenlace pode nascer do reconhecimento da vitória de um sobre a derrota do outro. Assim, o conflito é uma maneira de ter razão independentemente dos argumentos racionais (ou razoáveis), a menos que ambas as partes tenham aceito a arbitragem de um terceiro. Então, percebe-se que não se reduz a uma simples confrontação de vontades, ideias ou interesses. É um procedimento contencioso no qual os antagonistas se tratam como adversários ou inimigos. (SPENGLER; LUCAS, 2008, p. 23)

Vale ressaltar que o ambiente em que o conflito se desenvolve corrobora a ponto de influenciar sua solução, pois “é preciso investigar a natureza do relacionamento das partes”, de modo a compreender se o conflito resulta de uma relação descartável ou continuada (PINHO, 2011, p. 278-279).

Do mesmo modo, o conflito também pode adotar uma posição construtiva da estrutura social (busca mudar a condição dos indivíduos que estão em uma situação de dominação, exploração), visto que, muitas vezes, constituem a única maneira de promover mudanças benéficas para todos os envolvidos. Deste modo, o conflito também se presta a estabelecer um contrato entre os adversários, satisfazendo seus respectivos direitos, com o fim de construir uma relação de equidade e justiça entre indivíduos de uma mesma sociedade e entre as comunidades

diferentes, portando-se como elemento estruturante das relações sociais (FREUND, 1995).

Independentemente da forma como se apresente, verifica-se, pela dinâmica conflitiva, a necessidade de se manter a vida social, de determinar seu futuro, facilitar a mobilidade e valorizar certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras. Possibilita transformar a interação do ser humano com suas relações sociais, principalmente as relacionadas ao surgimento dos conflitos, de modo que sua intervenção possa gerar consequências positivas, principalmente para o próprio grupo social. Nesse aspecto, a dinâmica conflitiva permite verificar que o conflito pode ser tão positivo quanto negativo e que a valoração de suas consequências se dará justamente pela legitimidade das causas que pretende defender (FREUND, 1995).

Não se pode viver perpetuamente em um estado conflitivo, tornando-se necessária a resolução desses conflitos. Para tanto, o homem dispõe de meios de controlar as ações dos indivíduos, bem como trazer equilíbrio à sociedade. Por meio de mecanismos de controle social, principalmente do Direito, busca-se regulamentar sua interação social com o fim de viabilizar a existência da sociedade, garantindo segurança, harmonia e justiça.

3 MEDIAÇÃO E RELAÇÕES SOCIAIS

No contexto social, é notório que o conflito surgirá da interação de cada indivíduo com a sociedade, quando busca impor seus pontos de vistas conforme os papéis que ocupa, tornando-os assim inerente dessas relações sociais. Spengler (2012, p. 15) afirma que é necessário reconhecer que litígios podem trazer implicações construtivas, principalmente frente às relações humanas que se transformam sem cessar, e que muitas vezes a dissensão é o meio pelo qual essas alterações tornam-se possíveis.

Por certo que os métodos alternativos de tratamento dos conflitos, em especial a mediação, se propuseram a desmitificar a compreensão do conflito com algo negativo, possibilitando sua percepção como algo próprio das relações humanas. As contradições e as inquietações fruto das diferenças entre as pessoas permitem

o aprimoramento das relações. Tal como acontece nas transformações dos conflitos, as diferenças apontadas funcionam como aliadas à construção de um vínculo mais sólido. (WALTRICH, 2014, p.63)

Segundo Freund (1995), os conflitos podem ser dirimidos de muitas formas, em virtude de peculiaridades de cada um e de seus objetivos, bem como pelo tempo de duração. Dessa forma, torna-se necessária a análise das condições sociais relativas a cada lugar, visto que estes passam a influenciar no tratamento conflitivo, de modo que se possa aplicar o melhor método resolutivo.

Em análise à dualidade, verifica-se que é recorrente o emprego da vitória e da derrota nas dissidências conflitivas, principalmente em juízo. Assim, essa dualidade está estabelecida no desenlace que corresponde à lógica interna do conflito, visto que se busca romper com a resistência do inimigo, para impor-lhe a vontade do mais forte. Trata-se de uma dualidade em que apenas um adversário pode ser vencedor. Entretanto, o modo de dualidade não se mostra um meio resolutivo mais adequado, visto que acaba por gerar insatisfação da parte derrotada, acarretando em um novo conflito. Nessa concepção, Freund (1995) suscita que a via da negociação aparece em geral como o mais adequado método permanente de harmonizar as relações sociais.

Aliada ao método da negociação abordada por Freund, a mediação também surge com o intuito de tratar os conflitos de forma mais adequada. Assim, esses modelos compositivos representam apenas algumas dentre as várias modalidades práticas de tratamento conflitivo, mas o que realmente se quer demonstrar é a importância do terceiro responsável por intermediar as relações. Portanto, o terceiro se mostra como a configuração elementar de uma sociedade, pois condiciona o equilíbrio, e unicamente o reconhecimento do terceiro permite a aparição de poderes intermediários, sem os quais um poder seria onipotente e arbitrário (FREUND, 1995).

A mediação entre indivíduo e sociedade não ocorre pelo simples fato de que o indivíduo aja ou tenha relações sociais, porém exclusivamente pelo confronto entre o agente individual e formas predeterminadas de ação. A questão primordial da sociologia é, pois, sempre relacionada a esta forma de ação ou papéis. A questão seguinte, isto é, como

um determinado indivíduo se comporta realmente ante tais expectativas, assume um significado específico a partir de tais expectativas (DAHRENDORF, 1991, p. 56).

Isto posto, é perceptível que ambos os métodos possibilitam a escolha de técnicas mais adequadas para o dimensionamento de cada conflito, e a mediação busca também como resultado a facilitação do diálogo entre as partes, tendo como base a provocação da reflexão dos conflitantes, aos pontos controvertidos. Assim, com o objetivo de propiciar às partes solução das divergências vivenciadas, estimulando a consensualidade, preservando a afetividade e restabelecendo o diálogo entre os envolvidos, o qual muitas vezes não tem como ser estabelecido ou preservado na aplicação de uma decisão judicial (SPENGLER, 2012).

Busca-se dessa forma a construção de um novo paradigma social e jurídico, pautado na fraternidade como elemento fundamentador de uma sociedade, a ponto de que possamos constituir o meio para a resolução dos problemas enfrentados na sociedade universal. Assim, busca-se na ideia de fraternidade e por meio dela a efetivação de um direito com parâmetros essenciais à compreensão e resolução dos conflitos travados por todos, que conseqüentemente possa instituir uma mudança nas relações internacionais, com o objetivo de se estabelecer o bem comum de todos os indivíduos, bem como o reconhecimento desses indivíduos como cidadãos e possuidores de direitos, em um contexto social intercultural (RESTA, 2004).

Vislumbram-se nessa mudança de paradigma de direitos, os direitos humanos como principal instigador, principalmente por serem eles o meio contributivo para que se estabeleça a fraternidade postulada (RESTA, 2004).

Isso desponta a necessidade premente de relações sociais de amigos, irmãos, fraternos, ou, ao menos, num mínimo de exercício de humanidade nas relações interpessoais, que, provavelmente culminará com um Direito mais justo, configurado por um panorama ético, colocando-se sempre antes no lugar do outro, antes de julgá-lo e sentenciá-lo. O direito fraterno é direito jurado em conjunto por irmãos, homens e mulheres, com um pacto em que se decide compartilhar regras mínimas de convivência, oposto do direito paternal, que é um direito

imposto pela soberania. Busca-se uma convivência compartilhada, livre de soberanias e de inimizades (RESTA, 2004).

Ao se analisar o direito como tutela jurisdicional, busca-se desviar do código amigo-inimigo, libertando-se da obsessão política como ideia da neutralização da hostilidade. Busca-se instituir um modelo não vencedor, desmistificando a ideia de que ao final de um conflito sempre um dos indivíduos seja o vencedor e o outro perdedor. Esse modelo do vencedor-perdedor tem se mostrado insuficiente para tratar as demandas postas pela sociedade, uma vez que acaba por criar mais descontentamento ao perdedor e, conseqüentemente, novos e mais complexos conflitos (RESTA, 2004, p. 132).

Trata-se de tendências comuns aos países ocidentais, elas colocam em evidência a inadequação já estrutural do caráter exclusivamente monopolista do sistema judiciário na resolução dos conflitos, apresentam demandas de revogação do caráter estadocêntrico da administração da justiça, alargam, sem inutilizar, a dimensão da “legalidade” (RESTA, 2004, p. 102).

Assim, como expõe Warat (2004, p. 217), sonha-se e aposta-se em uma sociedade que aprenda a resolver seus problemas por si mesma. Essas sociedades estariam baseadas em uma cultura do diálogo. Quando as sociedades esperam que outros, que o Estado, resolva seus problemas, está dando um cheque em branco para a violência. O outro, quando resolve nossos problemas é sempre violento.

No mesmo contexto, Eligio Resta (2004, p. 17) defende uma jurisdição mínima, onde os indivíduos possam resolver seus conflitos de forma autônoma, por meio do diálogo, em face do hipertrófico papel do juiz que, para além do dialeto em uso na província do direito, é tendência mais profunda de toda a nossa época: não é de hoje que se fala da denominada “tribunalização da História, pela qual assiste-se à discussão acerca da nossa vida pública como se se tratasse de “processos” com imputados, um após o outro, testemunhas mais ou menos confiáveis, jurados prontos a julgar (a assonância não é casual) sobre a própria legitimidade.

Dessa forma, como sabemos, a legalidade tem garantido que os direitos somente enunciados fossem exercidos, defendidos e afirmados diante de um juiz, contra poderes que tendiam a ocultá-los. Portanto,

conforme ressalva Resta (2004), estamos avançando em direção a uma mudança, marcada pela própria legalidade e em defesa dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, não basta que se mude o modo de afirmar os direitos de todos os indivíduos, sem, contudo, desenvolver uma política capaz de garantir a efetivação desses direitos. Portanto, o modo como o Judiciário tem realizado sua reforma interna, com a institucionalização de meios alternativos de resolução de conflito, como a mediação e a conciliação, em um primeiro momento, se mostra como um modo de dar soluções adequadas aos conflitos, mas também como meio de manter a soberania do Poder Judiciário, como última palavra e, consequentemente, a “solução” das dissidências (RESTA, 2004).

Do mesmo modo, Resta (2004, p. 103) afirma que seria ingênuo e desviante pensar que a pesquisa de modos alternativos para a resolução das controvérsias deva ser vista exclusivamente como remédio à crise quantitativa da justiça. O que deve emergir é a tentativa constante em nosso sistema institucional de redefinir o círculo conflito-remédio não através de ingênuas renúncias ao sistema judiciário, mas através de uma redefinição dos seus confins. Tratam-se de processos longos que ocorrem por meio de jogos complexos de comunicação, vai-se do debate interno à teoria jurídica sobre desjurisdicionalização e desjudicialização para a verdadeira e legítima institucionalização de modos alternativos.

Nesse contexto, o modo como os meios alternativos de tratamento de conflitos tem se mostrado em consequência da institucionalização político-judiciária, é “um sistema que investe no remédio sem incidir nas causas, assim aumentam os recursos do aparato judiciário, mas continua somente a ilusão de que isto faça diminuir os conflitos”. “O remédio reage sobre o remédio, mas não tem nenhuma direta incidência sobre as causas, dimensões, efeitos da litigiosidade que determinam os conflitos”, ou seja, tanto a mediação como a conciliação, mostram-se como meios de dar solução à hiperjudicialização, mas não incidem diretamente no conflito, proporcionando o seu tratamento (RESTA, 2004, p. 105).

Diante disso, tem-se desenvolvido uma nova organização jurídico-política, e como mecanismo constitucional de acesso à justiça, bem como da proteção e aplicação de direitos fundamentais, sobretudo individuais, sociais. Mas muito além do que é proposto, e conforme Warat

(2004, p. 212) evidencia, a mediação pode ser vista como uma difundida, complexa e variada corrente de intervenção sobre relações interpessoais em conflito, um campo grupal constitutivo de reações de ajuda conduzidas por profissionais treinados a partir de um conjunto variado de técnicas, estratégias e saberes que facilitam o diálogo em vínculos conflituos através da descoberta, pelas partes em conflito, de afinidades eletivas que lhes permitem elaborar pontos em comum, com o que terminam transformando o conflito numa relação mais satisfatória.

Denota-se, assim, o grande crescimento a utilização dos meios não adversariais de composição. “Uma tendência mundial que vem sendo estimulada não apenas face aos problemas dos sistemas jurídicos, mas também pela evolução da sociedade rumo a uma cultura participativa” (TARTUCE, 2008, p. 201).

Assim, pode-se dizer que, em especial, a mediação surge com implicações positivas na solução dos conflitos, que com o passar do tempo passa a ser vista como modelo de complementação ao sistema judiciário, ao invés de meios alternativos na solução de disputas, criando instrumentos de comunicação e de troca cooperativa, possibilitando a escolha de técnicas mais adequadas para o dimensionamento de cada conflito.

Consequentemente, passa-se pensar em uma nova organização jurídico-política, onde a mediação representa uma mudança social, como mecanismo constitucional efetivador do acesso à justiça, proteção e aplicação de direitos fundamentais, sobretudo individuais, sociais, mas principalmente que represente uma mudança em cada ser humano integrante da sociedade, para que esses possam, de maneira autônoma, solucionar suas dissidências, recorrendo à tutela jurisdicional do Estado somente em última instância.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se viver em um período de inúmeras transformações de relacionamento humano e político, onde a complexidade é consequência da evolução tecnológica, de produção veloz e em larga escala, bem como pela grande quantidade de informação, fazendo reger um número maior de conflitos, os quais são inerentes da vida social, não bastando uma norma reguladora para que possa impedi-los ou suprimi-los, pois são resultantes de fatores ligados à pretensão de

cada indivíduo. Na busca por uma forma de resolução mais adequada às complexidades sociais, concomitantemente ao óbice de acesso à justiça e à insatisfação das partes com as soluções tradicionais apresentadas a suas dissidências, a mediação aparece como uma forma consensual de tornar os conflitos mais resolutivos e mais céleres.

Assim, é notória a necessidade de tratar os conflitos que surgem em meio ao grupo social, de modo que se possa garantir uma segurança e uma harmonia, inserindo-se os meios alternativos de tratamento conflitual, em especial a mediação, com implicações positivas no tratamento de conflitos, visto que proporciona uma economia processual aos litigantes e torna a justiça mais célere e eficaz. Do mesmo modo, com o passar do tempo, a mediação passará a ser vista como modelo de complementação e não apenas alternativo. O desenvolvimento e a implantação da mediação no sistema judiciário, não somente no Brasil como em vários outros países, é impulsionado através da constatação da crise nas estruturas jurisdicionais, devido a mudanças nas relações sociais.

Nesse contexto, surge como nova organização jurídico-política, e como mecanismo constitucional de acesso à justiça, bem como da proteção e aplicação de direitos fundamentais, com o escopo de promover a justiça, a mediação passa a compor um quadro de tratamentos integridos, ao invés de meios alternativos na solução de disputas, criando instrumentos de comunicação e de troca cooperativa, possibilitando a escolha de técnicas mais adequadas para o dimensionamento de cada conflito.

REFERÊNCIAS

DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus*. Trad. Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaria General Técnica. D.L., 1995.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. *Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2011.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Unijui, 2012.

_____; LUCAS, Douglas Cesar. *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijui, 2008.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WALTRICH, Dheimy Quelem. *A mediação comunitária como política pública democratizadora de acesso à justiça: descrição e análise do Projeto Justiça Comunitária em Passo Fundo (RS)*. Santa Cruz do Sul: Esse nel Mondo, 2014.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MEDIAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO EMANCIPATÓRIO¹

GABRIELA FELDEN SCHEUERMANN²

*“Nuestras identidades no son otra cosa
que alteridades alteradas.”.*
Luís Alberto Warat³

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O atual modelo ocidental positivista, organizado a partir de fontes estatais e mediante valores liberais, vive um momento de esgotamento dos seus próprios fundamentos, que se tornaram insatisfatórios e limitados para responder à crescente complexidade experimentada pela sociedade. No campo jurídico, o que se observa é a existência de um Direito positivo excessivamente formal e muito pouco eficaz para atender às demandas da sociedade.

Assim, o presente estudo parte-se do problema de superar o normativismo jurídico vigente e valorizar a autodeterminação dos indivíduos enquanto sujeitos ativos do conflito. Ao passo que o Estado não pode mais ser o único produtor na norma jurídica e o Poder Judiciário não con-

¹ Artigo vinculado à matéria Limites e Possibilidades da Mediação Comunitária/Popular do Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - *Campus* Santo Ângelo, orientado pela Professora Doutora Charlise Paula Colet Gimenez.

² Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/RS – CNEC/IESA. Pós-graduanda em Sociologia pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, *campus* Santo Ângelo, RS.
E-mail: gabi_felden@hotmail.com

³ *A rua Grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia, 2010, p. 134.

segue mais atender à demanda popular, pretende-se defender nas linhas que se seguem, a mediação na perspectiva emancipatória de Luís Alberto Warat, a qual, a partir da ressignificação de interesses, tem o poder de prover uma maior participação social da administração da justiça.

Em linhas gerais, o objetivo deste breve ensaio é demonstrar que, frente à crise vivenciada pelo Poder Judiciário, a mediação é uma alternativa viável na resolução de conflitos, uma vez que possibilita às partes envolvidas a administração das diferenças por meio de um diálogo transformador, outorgando um novo olhar ao Direito: um olhar emancipatório. Dessa forma, busca-se apresentar a mediação waratiana enquanto instrumento transformador das relações sociais, na medida em que possibilita novos espaços para a elaboração de um direito emancipatório.

Para tanto, compreendeu-se como mais adequado, em termos de metodologia, a realização de pesquisa, quanto à coleta de dados, o método bibliográfico qualitativo, especialmente por meio da consulta aos livros de Luís Alberto Warat.

2 MONISMO JURÍDICO: ESTADO COMO ÚNICA FONTE CRIADORA DA NORMA JURÍDICA

O modelo do monismo jurídico floresceu Europa, por volta dos séculos XVI e XVII, portanto, na moderna cultura europeia ocidental, cujo pressuposto fundamental é o Estado como único e universal criador da norma jurídica, não admitindo outra forma jurídica que não seja a emanada pelo Estado. Este fenômeno jurídico teve forte influência da Revolução Francesa, a qual inaugurou a criação do Estado Moderno de Direito.

O advento do Estado Moderno trouxe consigo a positivação do Direito, ou seja, o Estado passou a deter o monopólio da elaboração das normas, passando a considerar jurídico e válido somente aquelas normas emanadas por ele. Assim, Carvalho (2010, p. 14) explica que “o monismo jurídico é a concepção, consolidada ao longo da modernidade, segundo a qual o Estado é o centro único do poder e o detentor do monopólio de produção das normas jurídicas”. Segundo esta teoria, somente as normas emanadas pelo Estado é que se consideram Direito, na medida em que “a lei se vale pelo simples fato de ser lei, de modo

que sua legitimidade advém na mera observância dos procedimentos previamente estabelecidos, isto é, das normas que regulam o processo legislativo” (CARVALHO, 2010, p. 15).

Nesse contexto, o Estado não reconhece qualquer outro centro de produção jurídica, tendo em vista que é dele o monopólio do poder normativo, o poder de ditar o que é direito. Afirma Wolkmer (2001, p. 46) que “tal concepção atribuiu ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relação social que vão se impondo”.

O Direito moderno não só se revela como produção de uma dada formação social e econômica, como, principalmente, edifica-se na dinâmica da junção histórica entre a legalidade estatal e a centralização burocrática. O Estado Moderno atribui a seus órgãos, legalmente constituídos a decisão de legislar (Poder Legislativo) e de julgar (Poder Judiciário) através de leis gerais e abstratas. A validade dessas normas se dá não pela eficácia e aceitação espontâneas da comunidade, mas por terem sido produzidas em conformidade com os mecanismos processuais oficiais. (WOLKMER, 2001, p. 48)

Nesse sentido, o monismo jurídico, ao não aceitar como não-jurídicas quaisquer outras formas de normatividade social, conferiu ao Estado Soberano o poder absoluto de elaborar as normas jurídicas. O Direito, agora codificado, passou a ser o principal instrumento de regulação social, por intermédio de leis emanadas pelo Estado. Em decorrência disso, o Estado Moderno “oficializa uma de suas retóricas mais aclamadas: o ‘Estado de Direito’ [...] O Estado que se legitima na situação de ‘Estado de Direito’ garante-se como um poder soberano máximo, controlado e regulado pelo Direito” (WOLKMER, 2001, p. 49).

Explicado as principais contribuições jurídicas e filosóficas para o surgimento do Estado Moderno, faz-se de suma importância abordar acerca dos elementos formadores – também denominado de ‘os quatro grandes ciclos’ históricos – e os princípios caracterizadores do Direito estatal como paradigma jurídico hegemônico, vale dizer, do monismo jurídico, os quais são muito bem abordados pelo jurista Antônio Carlos Wolkmer, razão pela qual justifica-se a utilização predominante de sua obra.

O **primeiro grande ciclo** compreende a fase da formação do monismo jurídico, “irrompe ao longo de uma confluência histórica associada ao Estado absolutista, ao Capitalismo mercantil, ao fortalecimento do poder aristocrático e ao declínio da Igreja e do pluralismo corporativista medieval” (WOLKMER, 2001, p. 49). Nesse período, consoante afirma Norberto Bobbio, o poder político e as estruturas jurídicas reduzem o Direito ao Direito estatal. Para Bobbio, o “ápice da convergência entre o ordenamento jurídico e o poder estatal, inaugurando a passagem do Estado de natureza para o Estado civil, se concretiza com a filosofia política de Thomas Hobbes” (BOBBIO *apud* WOLKMER, 2001, p. 50), a qual foi brevemente esboçada anteriormente.

O **segundo grande ciclo** está relacionado à fase da sistematização, compreendido no período entre a Revolução Francesa e o final das principais codificações do século XIX. Nesta fase, o Direito estatal

[...] não será mais reflexo da vontade exclusiva de soberanos absolutistas, mas produto da rearticulação das novas condições advindas do Capitalismo concorrencial, da ascensão social da classe burguesa enriquecida e do liberalismo econômico, condições essas movidas pela lei do mercado, com a mínima intervenção estatal possível. (WOLKMER, 2001, p. 51)

Neste período, privilegia-se a lei escrita como fonte do Direito, entretanto, não mais como poder absoluto emanado pelo Estado, mas como expressão enquanto vontade da nação soberana, o que se pôde observar na disposição do artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Assim, “ao contrário do Estado absolutista, que torna a pessoa do monarca a única fonte legitimadora, no Estado-liberal privilegia-se um órgão político legislativo com independência para implementar a vontade geral de toda a Nação” (WOLKMER, 2001, p. 52).

Ademais, é notável neste segundo ciclo a gradativa postulação e redução do Direito estatal ao Direito positivo; “consagra-se a exegese de que todo Direito não é só Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito” (WOLKMER, 2001, p. 55).

Destaca-se aqui a doutrina de Rudolf von Jhering, o qual defende que o Direito é um sistema de normas imperativas caracterizadas pela

coação e garantida pela força organizada do Estado. Segundo Jhering, (1877, p. 150), “*el Estado y el derecho, reposan sobre la de la coacción. Con ésta el comercio jurídico alcanza el apogeo de su desenvolvimiento*”.

El derecho puede, en mi opinión, definirse exactamente: el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado de coacción. Esta definición encierra dos elementos: la norma y la realización de ésta por la coacción. [...] El Estado es el soberano detentador de esta coacción. Las prescripciones revestidas, por él, de esta sanción, son las únicas normas jurídicas. En otros términos: el Estado es la única fuente del derecho (JHERING, 1877, p. 202) [Grifou-se.]

Assim, o Estado é a única fonte do Direito, vez que as normas não impostas por ele não são regras de Direito. À vista disso, “não há direito de associação fora da autoridade do Estado, mas apenas direito de associação derivado do Estado. Este possui, como é exigido pelo princípio do poder soberano, a supremacia sobre todas as associações de seu território”. (WOLKMER, 2001, p. 56).

O **terceiro grande ciclo** está relacionado ao apogeu dos anos 20/30 aos anos 50/60. Esta fase avança para o “formalismo dogmático da Escola de Viena”, cujo principal autor é Hans Kelsen, com a famosa obra *Teoria Pura do Direito*. Para Kelsen, tendo reconhecido o Estado como uma ordem de coação relativamente centralizada, desaparece o dualismo Estado e Direito, “fundindo-se de tal modo que Direito é o Estado e o Estado é o Direito Positivo” (WOLKMER, 2001, p. 57).

Na concepção de Kelsen, o Estado é um Estado de Direito permanente, “porquanto a personalidade jurídica do Estado é a expressão da unidade de uma normatividade jurídica”. O Estado, segundo Wolkmer (2001, p. 58) “configura-se como organização de caráter político jurídico que visa não só à manutenção e coesão, mas à regulamentação da força em uma formação social determinada”.

Por fim, o **quarto grande ciclo** se dá a partir dos anos 60/70 e está relacionado à crise do paradigma, ou seja, com as novas necessidades de globalização do capital monopolista e com o enfraquecimento do *Welfare State*. Ocorre aqui o esgotamento do paradigma da legalidade, vale dizer, o monopólio passa a ser questionado, uma vez que

a capacidade normativa do Estado não mais consegue acompanhar a velocidade com que as relações sociais se modificam e se inter-relacionam com outras culturas.

Assim, a partir do quarto ciclo, o modelo do monismo jurídico começa a se tornar ineficaz. Segundo Wolkmer (2001, p. 75), o reconhecimento de que as normas jurídicas elaboradas pelo Estado enquanto única fonte do Direito estão se tornando inadequadas e ineficazes comprovam o colapso do monismo e, ainda, revelam um momento de transição paradigmática.

3 CRISE DO MODELO OCIDENTAL POSITIVISTA

Consagrado na Constituição Federal como um dos três poderes do Estado brasileiro, o Poder Judiciário possui como função típica a jurisdicional, ou seja, é tipicamente responsável pela atividade por meio da qual o Estado presta a tutela jurisdicional no intuito de promover a composição dos conflitos (MASSON, 2016, p. 880). Ada Pellegrini Grinover (1996, p. 129) afirma que a “jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve”.

Nos termos do artigo 5º, inciso XXXV⁴, da Constituição Federal, compete ao Poder Judiciário o monopólio estatal de dirimir os litígios/conflitos, como meio de garantir que todos sejam amparados de forma igualitária pela justiça. Assim, o litígio/conflito é tratado com base na aplicação do direito positivo, ou seja, na lei.

Ocorre que o modelo do monismo jurídico estatal acima analisado acabou chegando a um esgotamento, na medida em que a estrutura do Direito positivado não consegue mais atender às demandas do mundo globalizado, especialmente as das sociedades periféricas, marcadas por uma discrepância social e crises jurídicas e de legitimidade (LOCCHI, 2014). É preciso que o Direito se alinhe com a globalização, uma vez que, a partir da crescente complexidade social que se origina do aumento das possibilidades de escolha, os acontecimentos sociais não tem mais uma causa unitária.

⁴ **CF/88. Art. 5º, XXXV:** a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Nesse cenário, não se pode mais afirmar que o Estado é a única fonte de onde emana a normatividade, de forma que surgem atores sociais diferenciados, o que redundando na pluralidade de fontes normativas e de sujeitos destinatários de proteção (FORNASIER; FERREIRA, 2015, p. 399). Preparado para o enfrentamento de conflitos individuais, “o direito e a dogmática jurídica não conseguem atender às especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa. O paradigma liberal-individualista está esgotado” (STRECK, 2013, p. 29).

O atual modelo ocidental positivista enfrenta um momento de esgotamento dos seus próprios fundamentos, que se tornaram insatisfatórios e limitados para responder à crescente complexidade experimentada pela sociedade. No campo jurídico, o que se observa é a existência de um Direito positivo excessivamente formal e muito pouco eficaz para atender às demandas das sociedades periféricas.

O Estado contemporâneo está em crise, motivo pelo qual se faz necessário rever os seus papéis, especialmente quanto ao modelo de regulação jurídica tradicional. Esta crise decorre da não regulação estatal, “da lentidão em dar respostas a demandas cada vez mais rápidas, à sua incapacidade de ocupar seu espaço, dando margem ao surgimento do direito inoficial e do direito marginal, enfim, ao deslocamento entre a legislação posta e a realidade social (SPENGLER, 2007, [s.p.]).

Assim, diante das escassas respostas do Poder Judiciário frente aos conflitos das sociedades complexas e multiculturais, como também na realização das práticas de cidadania, dos direitos fundamentais e de pacificação social, faz-se necessária a mudança paradigmática dos mecanismos de tratamento de conflitos na contemporaneidade (BERTASO; CACENOTE, 2015, p. 32). À vista disso, “o enorme fosso ainda existente entre Direito e a sociedade, que é instituído e instituinte da/dessa crise de paradigmas, retrata a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com a realidade social” (STRECK, 2014, p. 18).

O que se vê na atualidade é o Poder Judiciário cada vez mais afastado dos interesses da sociedade em constante transformação, na qual novos direitos e conflitos surgem todos os dias.

As relações sociais contemporâneas sofreram profundas mudanças em sua configuração, colocando em xeque as tradicionais instituições modernas, o próprio Estado e sua(s) estratégia(s) organizati-

va(s) sob o modelo da especialização de funções [...]. Atualmente, **a tarefa de “dizer o Direito” encontra limites na precariedade da jurisdição moderna, incapaz de responder às demandas contemporâneas** produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, permitindo o aumento da exploração econômica, caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer-lhes respostas a partir dos parâmetros tradicionais. (SPENGLER, 2010, p. 25) [Grifou-se.]

Assim, o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, não consegue mais solucionar os conflitos frente às demandas que lhe são postas. A falta de tratamento adequado dos problemas que chegam à justiça acaba causando uma perda de poder por parte do Estado e, por consequência, o descrédito do Poder Judiciário. Em meio à crise que devasta o Judiciário e a sua falta de credibilidade para resolução de conflitos, aumenta a procura por modos alternativos de solução dos conflitos, ganhando importância os meios consensuais e extrajudiciais (MORAIS; SPENGLER, 2012).

Nesse sentido,

O Direito não consegue atender a tais demandas não porque tal “complexidade” não estaria prevista no sistema jurídico, mas, sim porque há uma crise de modelo (que não deixa de ser uma espécie de “modo de produção do Direito) que **se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais.** (STRECK, 2014, p. 46) [Grifou-se.]

Outrossim, Spengler (2007, [s.p.]) afirma que prelecionar sobre a necessidade de “superar a ideia de que o sistema jurídico estatal é o único meio de tratamento de conflitos, sendo apenas uma espécie dentro do gênero Direito”, o que vem dar origem ao pluralismo jurídico. Outrossim, “à medida que o Estado e o direito legislado perdem espaço (por sua ineficiência, inaplicabilidade e lentidão), o direito inoficial ganha forças por meio de tratamentos de conflitos”, dentre os quais podemos citar a arbitragem, a conciliação e a mediação.

No presente estudo, a alternativa para tratamento de conflitos a ser analisada e brevemente defendida, é a mediação waratiana, pois, conforme assevera Streck (2014), há que se concordar quando Warat

afirma que a *dogmática jurídica pode indagar, criar e construir. Dito de outro modo, o Direito não pode (mais) ser visto como sendo tão somente uma racionalidade instrumental*. Nesse sentido, Luís Alberto Warat coloca a mediação como cerne de uma profunda transformação dos mecanismos e concepções referente ao tratamento de 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, administram-se as diferenças no desejo.

Com efeito, Luís Alberto Warat (2010) afirma que o racionalismo excluiu todas os meios de interpretação e de decisões sensíveis quando passou a controlar os atos do julgador, extirpando dos operadores do Direito uma característica essencial, qual seja, a sensibilidade. À vista disso, o autor salienta que as perdas da sensibilidade nas demandas judiciais acarretaram consequências traumáticas, tendo em vista que esses traumas estão ligados aos nossos estados de consciências.

Dessa forma, o Direito, na contemporaneidade, passa por um momento de fragilidade, ao passo que a sociedade não se sensibiliza mais com o outro. Para Warat (2010), esta sensibilidade deve ser resgatada, porém, para que isso ocorra, é preciso desenvolver uma concepção emancipatória do Direito, tendo como base a alteridade.

Assim, é possível afirmar que a mediação, na visão de Warat (2010), é um instrumento transformador das relações sociais, na medida em que possibilita o surgimento de novos espaços democráticos de reafirmação de uma cidadania ativa e a elaboração de um direito emancipatório, conforme se verá na sequência.

4 DO NORMATIVISMO JURÍDICO A UMA CONCEPÇÃO EMANCIPATÓRIA

“Não tenho dúvidas da necessidade de que seja elaborada outra concepção do Direito longe o normativismo.”

Luís Alberto Warat

Viu-se que o Estado controlou, durante muito tempo, a criação da legislação e a resolução dos conflitos, de forma a monopolizar tal poder.

Este fenômeno, visto em momento oportuno, chamou-se de monismo jurídico. Com o tempo, verificou-se a necessidade de uma transformação de paradigmas, de modo a perceber a importância de novos atores que pudessem ajudar a equacionar o problema do acesso à justiça.

Dessa forma, consoante exposto anteriormente, o Poder Judiciário não consegue mais atender à demanda popular, razão pela qual faz-se necessário uma alternativa aos meios de solução de conflitos. Defende-se, aqui, a mediação na perspectiva emancipatória de Warat, a qual tem o poder, a partir da resignificação de interesses contrapostos, de prover maior participação social na administração da justiça.

Noutros dizeres, frente à crise vivenciada pelo Judiciário, torna-se necessário achar saídas para que a teoria jurídica seja readaptada e redirecionada ao atendimento dos anseios sociais. Por este motivo, abandona-se o monopólio estatal e passa-se à ideia de emancipar o indivíduo na resolução de seus próprios conflitos.

Isso acarreta um deslocamento do Estado, não mais encarado como um poder absoluto de criação jurídica, mas, sim, como um elemento prestador de serviços à comunidade, organizada pelo exercício e participação da cidadania, encarando-o como “instância de construção emancipatória de uma sociedade mais justa e compartilhada” (WOLKMER, 2012, p. 217).

Segundo Warat (2010, p. 84), o normativismo funda-se na identidade Estado-Direito, sendo esta a legitimação simbólica do monopólio da coerção estatal. A partir desse momento, nos tornamos impossibilitados de pensar, no interior dessa concepção, nos caminhos da emancipação. O normativismo, segundo ele, não pode ser instrumento de emancipação, razão pela qual desvincula-se do positivismo e busca novos meios capazes de emancipar o indivíduo frente aos seus próprios conflitos.

Antes de adentrar na mediação waratiana enquanto mecanismo emancipatório, importa conceituar conflito. Segundo Julien Freund (1995, p. 58),

El conflicto consiste en un enfrentamiento por choque intencional, entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan, los unos respecto a los otros, una intención hostil, en general a propósito de un derecho, y que, para mantener, afirmar o reestablecer 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.

Ademais,

O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar através da violência direta ou indireta, através da ameaça física ou psicológica. No final, o desenlace pode nascer do reconhecimento da vitória de um sobre a derrota do outro. Assim, o conflito é uma maneira de ter razão independentemente dos argumentos racionais (ou razoáveis) a menos que ambas as partes tenham aceito a arbitragem de um terceiro. (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 46)

À vista disso, a mediação pode ser entendida como um procedimento de redefinição do conflito, oportunizando às partes a possibilidade de resolverem suas “diferenças, reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, sem que o mediador participe da resolução ou influa nas decisões ou mudanças de atitudes” (WARAT, 1998, p. 31).

Ainda segundo Warat (1998, p. 5), 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. A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito positivo.

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar os interessados a redimensionarem o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas (WARAT, 2001, p. 80-81).

A mediação é o espaço para reconstrução do conflito. Na mediação, há um enigma que deve ser descoberto: o outro. O outro, na mediação, não é um sujeito abstrato, um adversário. Na mediação, o outro é

percebido como o distinto, que permite transformar-me, exercer a criatividade na e pela experiência do diálogo.

Constitui-se, portanto, um trabalho de reconstrução simbólica do conflito a partir da significação dos sujeitos envolvidos, de modo a dotá-los de autonomia para dar-lhes solução. Tem-se por finalidade não o mero acerto de um acordo, e sim um reencontro com o outro, um resgate do ser humano e a preocupação das implicações futuras que aquela decisão irá trazer.

A mediação é:

A inscrição do amor no conflito

Uma forma de realização da autonomia

Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos

Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades

Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade

Um paradigma cultural e um paradigma específico do Direito

Um modo particular de terapia

Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia. (WARAT, 2004, p. 67)

Assim, a abordagem aqui apresentada procura dar um novo sentido ao conflito, a partir do reencontro construtivo com o lugar do outro, graças à possibilidade assistida de poder olhar partindo do olhar do outro, de modo a que possamos tanto transformar o conflito como nos transformarmos no conflito (WARAT, 2004, p. 69).

A mediação emancipatória se transmuta de um mero procedimento de resolução de conflitos para se converter em um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania, na medida em que possibilita a criação de um direito inclusivo, rompendo o normativismo jurídico estatal e possibilitando concretamente o surgimento de um direito plural.

Nesse sentido, Warat (2010, p. 85) entende a emancipação como “as experiências que permitem que os homens se encontrem com eles mesmos, com sua própria estima e os permita construir vínculos de cuidado e afeto com os outros, quer dizer, estabelecer vínculos de alteridade”.

Emancipação ainda poderá ser conceituada como o “conjunto das experiências radicais de alteridade”, constituindo-se esta como minha possibilidade de “estabelecer vínculos de cuidado e afeto mais além de qualquer distorção tóxica, que nos torne reciprocamente dependentes, codependentes ou alienados”.

Em substituição à identidade do normativismo Direito-Estado, Warat propõe outra identificação: a identidade entre Direito e Alteridade. Assim, “obrigo-me a falar de uma concepção jurídica da alteridade. Surge desta identidade a possibilidade de outra concepção do Direito sensível às experiências de emancipação. **A alteridade como base de uma concepção emancipatória do Direito**” (WARAT, 2010, p. 87) [grifou-se]. Portanto, “o eixo central, fundante e que atravessa todo o desenvolvimento de uma concepção do Direito emancipatória é a alteridade”.

À vista disso, a mediação emancipatória funda-se na alteridade, porque significa abrir-se para o outro e aceitar e viver a experiência de que não somos, apenas, individualidade, mas uma identidade fica em processo de evolução, na condição de afetar e sermos afetados pelo outro. A proposta de Warat quebra o paradigma moderno, monista, coadunando-se com a perspectiva de um direito emancipatório, plural e originário de autorregulação da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da complexidade da sociedade contemporânea e das novas demandas jurídicas, a legalidade estatal começa a apresentar-se como insuficiente para solucionar os novos conflitos que passam a compor a realidade social. Com isso, o fenômeno do monismo jurídico passa a ser questionado, necessitando de outros instrumentos capazes de dar respostas aos anseios da sociedade. Entre as formas alternativas de produção do Direito e de resolução de conflitos, defendeu-se a mediação na concepção emancipatória de Warat.

Os resultados encontrados apontam para mudanças estruturais na sociedade, aonde o atual modelo normativo começa a ser questionado, tendo em vista a crescente complexidade dos conflitos, uma crescente globalização socioeconômica, a concentração do capital, mediados por um insistente intervencionismo estatal e a sua substituição por

um novo modelo, que permita compreender as relações entre a lei e a complexidade social.

É preciso uma desvinculação do direito positivo e, nesse passo, valorizar a autodeterminação dos indivíduos enquanto sujeitos ativos do conflito e capazes de livremente encontrarem sua própria solução. Assim, com o abandono do monismo jurídico e a conseqüente aceitação de um discurso pautado na transformação da realidade e libertação emancipatória do ser humano, é preciso que se deixe de ver o Estado como único criador das normas jurídicas e passe-se a outorgar autonomia emancipatória e liberdade ao ser humano enquanto sujeito capaz de resolver seus próprios conflitos.

A mediação emancipatória é, sem dúvida, a melhor fórmula encontrada para solucionar os conflitos existentes na sociedade, pois se configura como um instrumento de cidadania. Nesse sentido, adotar a mediação waratiana (WARAT, 2010) é ir além da lógica formal, vez que não é possível abordar um processo de mediação por meio de conceitos empíricos, empregando a linguagem pura do Direito, ou seja, linguagem da racionalidade lógica. A mediação é um processo de coração; precisamos sentir o conflito ao invés de pensar nele; precisamos, em termos de conflito, sê-lo para conhecê-lo.

Diante disso, abre-se a possibilidade de um verdadeiro pluralismo jurídico a partir do uso alternativo do direito ou da aplicação de outro modo de regulação das relações comunitárias, diverso do ordenamento estatal. No presente ensaio, discorreu-se sobre o uso alternativo do Direito, a mediação enquanto método para trabalhar a subjetividade do conflito e a emancipação baseada na alteridade, pois acredita-se que a mediação estruturada sob o viés emancipatório surge como proposta inovadora, deixando de ser um mero procedimento para se tornar um verdadeiro exercício de cidadania.

REFERÊNCIAS

CACENOTE, Ana Paula; BERTASO, João Martins. Mediação como paradigma sociocultural na realização da cidadania. In: CONPEDI/UFS (Org.). *Cátedra Luís Alberto Warat*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA,

Ivone M. (Orgs.). *Pluralismo Jurídico*. Os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional, UniCEUB*. Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, 2015.

JHERING, Rudolf Von. *El fin en el derecho*. Trad. Leonardo Rodriguez. Madrid: B. Rodriguez Serra, editor, 1877.

LOCCHI, Maria Chiara. Brief reflections on legal pluralism as a key paradigm of contemporary law in highly differentiated western society. *Revista Brasileira de Direito da IMED*. Passo Fundo, v. 10, n. 2, p. 74-84, dez. 2014.

MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-Jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Tese (Doutorado em Direito) - Unisinos, São Leopoldo, 2007.

_____. *Da Jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Mediação e alteridade: a necessidade de “inovações comunicativas” para lidar com a atual (des)ordem conflitiva. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Unijuí, 2011.

_____. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.

WARAT, Luís Alberto. *A Rua Grita, Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Trad. Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Em nome do acordo. A mediação no Direito*. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. 102 p.

_____. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1994.

_____. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

CAMILA DUARTE¹

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, pode-se afirmar que uns dos principais personagens da sociedade são os consumidores. Notadamente, falar sobre o direito do consumidor é mencionar um dos direitos mais avançados da atualidade. Todos os seres humanos que estão inseridos na sociedade são consumidores, de uma forma ou de outra. Todos os dias são milhares de relações de consumo que se concretizam. E nessa linha explana-se que a sempre recordada afirmação de que ‘todos somos consumidores’ deve ser compreendida no sentido de que todos assumem, em algum momento, o papel de consumidor.

Nesse sentido, é possível asseverar que o consumo é uma forma de identidade da pessoa humana, aqui retratado como participação social, aceitação, identificação com o grupo, necessidade básica de alimentação, vestuário, entre outros. Contudo, as relações de consumo são complexas, dada a grande quantidade de operações consumeristas efetivadas a cada momento, desencadeando eventualmente em conflito, razão pela qual a mediação se apresenta como um mecanismo de tratamento adequado para tratá-lo. Esta surge como forma de resolução judicial do conflito e funda-se na ideia da autocomposição entre as partes conflitantes.

¹ Acadêmica e Bolsista CAPES/PROSUP do Curso de Mestrado em Direito do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo/RS. Especialista na área de Direito do Consumidor. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), *Campus* Três Passos/RS. Integrante do grupo de pesquisa “Conflito, Direitos Humanos e Cidadania”, cadastrado no CNPq e vinculado à linha II do Programa de Mestrado em Direito da URI. Integrante do projeto de pesquisa “Gritos pela alteridade e sensibilidade do direito: o estudo da mediação como resposta ecológica ao conflito a partir de Luis Alberto Warat”, vinculado ao PIC/URI. E-mail: camila_duartee@hotmail.com

Pode-se dizer que a mediação é avaliada, hodiernamente, como uma forma eficaz de execução da Política Nacional de Relações de Consumo, bem como pode ser considerada uma forma eficaz de tutela dos direitos básicos dos consumidores. Muitos benefícios são trazidos pela mediação, tanto para o consumidor quanto para o fornecedor. Impõe agregar que é esse o objetivo do presente trabalho, ou seja, demonstrar a aplicação da mediação nas relações de consumo, a qual busca sempre o bem-estar de ambas as partes e constitui um caminho para a cidadania.

Em um primeiro momento, será feita uma abordagem panorâmica a respeito das generalidades e conceituações ligadas à relação de consumo. Após, oportuniza-se a reflexão específica sobre a mediação como forma alternativa de tratamento de conflito e traz-se à tona a questão da aplicabilidade da mediação no direito do consumidor. Destaca-se que a temática abordada é extremamente pertinente para o momento atual, tendo em vista o intenso número de litígios consumeristas que vem assolando e abarrotando os judiciários, bem como para analisar as regras contidas no novo Código de Processo Civil e o caráter efetivo que se tem a mediação nessa seara.

2 GENERALIDADES E CONCEITUAÇÕES NECESSÁRIAS PARA UMA DISCUSSÃO CONCERNENTE SOBRE A MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O consumidor não pratica o ato de consumidor apenas por prazer, desejo, e sim, na maioria das vezes, o faz por necessidade. E é nesse sentido que se discorre²:

As criaturas se reconhecem em suas mercadorias; encontram sua alma em seu automóvel, hi-fi, casa em patamares, utensílios de cozinha. O próprio mecanismo que ata o indivíduo à sua sociedade mudou, e o controle social está ancorado nas novas necessidades que ela (a sociedade) produziu. (MARCUSE, 1968, p. 31)

² Josué Rios (1998, p. 14), na mesma linha, afirma: “As necessidades dos consumidores também são criadas por meio do chamado efeito demonstração. Significa que os padrões de consumo disseminados das altas camadas sociais para as mais baixas, de sorte que os indivíduos sentem-se compelidos a adaptar os seus padrões de consumo aos daqueles que estão na mesma posição social e ainda desejam chegar lá, isto é, aos modelos de consumo de quem pertence às camadas sociais mais altas na sociedade.”

Todavia, tem-se grande relevância o direito do consumidor, hoje, pois o consumo é uma forma de identidade da pessoa humana. Nessa linha, afirma-se que:

[...] partimos da hipótese de que, quando selecionamos os bens nos aprimoramos deles, definimos o que consideramos publicamente valioso, bem como os modos com que nos integramos e nos distinguimos da sociedade, com que combinamos o pragmático e o aprazível. Em seguida, exploramos como as visões de consumo e de cidadania poderiam mudar se as estudássemos conjuntamente, com instrumentos da economia e da sociologia política, mas tomando-as também como processos culturais, recorrendo, portanto, à antropologia para tratar da diversidade e do multiculturalismo. (CANCLINI, 2001, p. 45-46)

Há, contudo, um Sistema de Proteção e Defesa do Consumidor vigente. Mas, afinal, o que é esse Sistema de Proteção e Defesa do Consumidor? O referido sistema é recente, pois surgiu com a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XXXII³.

A CF/88 trouxe a proteção do consumidor como um dos fundamentos de proteção da pessoa humana. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é, de certa forma, uma das técnicas legislativas com a mais alta tecnologia jurídica. Não há, desde 1990, outra legislação com a mesma técnica legislativa que possui o CDC.

O CDC inaugurou a fase preventiva do direito do consumidor, valorizando os instrumentos dessa fase, que são a informação adequada acerca dos produtos e serviços, as obediências às normas técnicas e as obediências às normas éticas por parte dos fornecedores. Por outro lado, especializou as duas fases anteriores do direito do consumidor, que são as fases punitiva e indenizatória, adotando instrumentos mais seguros e eficazes para as punições dos maus fornecedores e para permitirem mais rápidos ressarcimentos pelos danos sofridos pelos consumidores. (GAMA, 2004, p. 24)

³ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Contudo, há no CDC muitos conceitos vagos, alguns amplos, e isso permite grande possibilidade hermenêutica e também de interpretação. O CDC é uma norma pública e de interesse social, consoante se extrai do próprio código, mais precisamente em seu artigo primeiro⁴.

Nota-se que uma norma de ordem pública é uma norma cogente, imperativa, uma norma que se sobrepõe a todas as outras. Assim, não se pode escolher aplicar ou não a defesa ao consumidor, há uma imposição de tal aplicabilidade, havendo uma hibridéz do direito público com o direito privado. Assim dispõe:

Finalmente o Congresso Nacional conforme orientação imperiosa de nossa Constituição elaborou a Lei 8.078/90 de proteção ao consumidor, criando assim um microsistema jurídico, voltado à garantia dos direitos dos consumidores. Neste sentido então, sendo a proteção do consumidor um direito fundamental positivado em nossa Constituição e alvo de preciosa legislação infraconstitucional, resta a constatação que nas últimas décadas a tutela do consumidor conquistou condição especial no ordenamento jurídico. (MORAES, 2008, p. 6-7)

Muda-se, com o Código, o paradigma em relação ao consumidor. Fala-se em uma pessoa humana, um ser vulnerável tecnicamente, economicamente, juridicamente, e que necessita de uma proteção. O consumidor é o eixo gravitacional desse sistema. O CDC é um microsistema que está em um sistema maior, um macrossistema, ou seja, a CF/88. Nessa linha:

É preciso que se estabeleça claramente o fato de o CDC ter vida própria, tendo sido criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro. Além disso, os vários princípios constitucionais que o embasam são elementos vitais ao entendimento de seus ditames. Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente esse fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico, que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior –, sendo aplicável às outras normas de forma su-

⁴ **Art. 1º** O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

pletiva e complementar. Além disso, a edição do Código de Defesa do Consumidor inaugurou um novo modelo jurídico dentro do Sistema Constitucional Brasileiro, ainda pouco explorado pela Teoria do Direito. Em primeiro lugar, a Lei n. 8.078/90 é o Código por determinação constitucional (conforme art. 48 do ADCT/CF), o que mostra, desde logo, o primeiro elemento de ligação entre ele e a Carta Magna. Ademais, o CDC é uma lei principiológica, modelo até então inexistente no Sistema Jurídico Nacional. (NUNES, 2013, p. 113)

É importante elencar aqui quais são as principais características do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: microssistema, técnica jurídica diferenciada, lei altamente principiológica⁵.

Necessário também se faz elencar alguns conceitos. Iniciando por consumidor. Quem é o consumidor? E quem é o fornecedor? Essas e outras são as respostas apresentadas a seguir. Passa-se ao estudo, propriamente dito dos conceitos de consumidor e fornecedor. Mas, antes, é importante mencionar que a relação jurídica é a base estrutural de tudo. Essa relação geralmente é composta por três sujeitos: um sujeito ativo, um sujeito passivo e um objeto. Unem-se, dessa forma, o sujeito ativo e passivo ao objeto.

Portanto, os elementos integrantes de uma relação de consumo são: sujeito ativo (que é consumidor), sujeito passivo (que é o fornecedor). O que conecta um consumidor a um fornecedor é, pois, um produto ou um serviço⁶.

⁵ Quanto à lei principiológica, Nunes (2013, 114) observa: “Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor (Susep, Instituto de Resseguros, etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da Lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito. E mais e principalmente: o caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados”.

⁶ Cláudio Bonatto (2004, p. 19) leciona: “São elementos da relação de consumo, segundo o Estatuto Protetivo: a) como sujeitos: o consumidor e o fornecedor; b) como objeto: produto ou serviço; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo: a aquisição ou a utilização do produto ou serviço, por parte do consumidor, como destinatário final”.

Primeiramente, é imprescindível esclarecer que o conceito de consumidor simplesmente não se desenvolveu de um dia para o outro. O consumidor é considerado o ser mais vulnerável das relações de mercado. Possui, dentro de uma perspectiva de eficiência, alguns déficits de compreensão.

O consumidor é vulnerável, por esta razão é a parte mais fraca nas relações de consumo. Por isso ele tem direito à boa informação sobre produtos e serviços que recebe e quanto aos contratos que assina. Tem também o direito de ser protegido quando se dirige ao Poder Judiciário, podendo o juiz determinar medidas para assegurar seus direitos, no tocante às soluções alternativas que a justiça pode encontrar para dar – ao Consumidor – o resultado equivalente ao do adimplemento das obrigações do fornecedor. (GAMA, 2004, p. 43)

As chamadas fragilidades do consumidor foram categorizadas como hipossuficiências, que quer dizer que não é suficiente sozinho, e que está abaixo de um padrão de suficiência aceitável para determinado tipo de relação jurídica. Ao conjunto de hipossuficiência é dado o nome de vulnerabilidade, um princípio específico da Lei 8.708/90, a qual significa que o consumidor, teoricamente, está num patamar, ou vários, abaixo do fornecedor. Vulnerabilidade é:

Uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção. (MARQUES, 2010, p. 87)

Nessa mesma linha, observa-se, quanto à vulnerabilidade:

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica [...] A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do Consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor. (MORAES, 1999, p. 10)

O direito impõe que, quem contrata ou é contratado tem que estar em patamares iguais. Dessa forma, quando se tem uma parte frágil e a outra não, é função do direito buscar esse equilíbrio. Moraes (1999, p. 30) confirma que o CDC “veio para confirmar, de maneira concreta, o princípio da igualdade, pois surgiu para cumprir o objetivo maior de igualar os naturalmente desiguais, jamais podendo acontecer o inverso, isto é, desigualar os iguais”.

O conceito de consumidor, apesar de já expresso em várias normas internacionais, se construiu especialmente após a criação da Lei 8.078/90, em seu artigo 2º. Este pode se apresentar de duas formas: o consumidor “standard” que é o destinatário final (art. 2º do CDC), ou o consumidor por equiparação (art. 2º, parágrafo único, art. 17 e art. 29, todos do CDC)⁷.

Há duas teorias doutrinárias a respeito do conceito de consumidor, quais sejam: a finalista e a maximalista. A corrente finalista:

Para a corrente finalista, uma visão restritiva (*stricto sensu*) do conceito de consumidor, busca-se a aplicação do CDC a partir de uma interpretação teleológica, que tenta desvendar qual a finalidade da aquisição do produto ou serviço. Assim, o destinatário, pessoa física ou jurídica, além de fático – quando retira o bem do mercado para esgotá-lo, consumi-lo – é econômico, porque deve utilizar o bem, ou o serviço, para uso próprio ou de sua família, não podendo adquirir produtos para revenda, ou para uso profissional, e tampouco aplicá-los direta ou indiretamente na produção ou comercialização. (SCHMITT; BARBOSA, 2010, p. 17)

Já para a corrente maximalista, observa que,

Caso o intérprete siga a linha ampliativa do conceito do consumidor, este encontrará subsídios junto à visão maximalista, a qual compreende como consumidores todos aqueles que se utilizam faticamente de um bem ou de um serviço posto no mercado, como

⁷ **Art. 2º** Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. **Art. 17.** Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. **Art. 29.** Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

destinatários finais da linha de produção. Essa orientação confere ao artigo 2º do CDC uma amplitude demasiada, observando-se o CDC como código geral sobre o consumo e que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado. Assim, em vários casos permite-se seja considerado consumidor todo aquele que adquire um produto. A questão é: o que será feito deste produto? Considera-se a definição de destinatário final do art. 2º do CDC puramente objetiva, desimportando a utilização que será dada ao produto ou ao serviço adquirido, mesmo que isto revele finalidade lucrativa. (SCHMITT; BARBOSA, 2010, p. 18-19)

É importante referir, ainda, que a simples terminologia do artigo 2º do CDC poderia ter dado fim a qualquer discussão sobre o que é consumidor. Contudo, tal conceito não foi tão simplificado, tendo em vista a questão do destinatário final. Impõe ressaltar que o CDC não tratou apenas de um indivíduo, pois o consumidor não é apenas um ser, ele passou a ser uma categoria de sujeitos. Perpassa o plano individual e passa-se a tratar dos direitos transindividuais ou metaindividuais. Significa que não se está falando apenas de um comprador/consumidor, mas sim de uma categoria específica que é afetada pela relação de consumo.

Passa para a conceituação de fornecedor. Quanto ao fornecedor, este está definido/conceituado no *caput* do artigo 3º do CDC, qual seja:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Para Nunes (2013, p. 135), “a leitura pura e simples desse *caput* já capaz de nos dar um panorama da extensão das pessoas enumeradas como fornecedores”. Schmitt e Barbosa (2010, p. 22) dizem:

A identificação do fornecedor abrangido pela disciplina do CDC depende da conclusão acerca do exercício de atividades tipicamente profissional, como comercialização, produção, importação, como uma dose de habitualidade, como é a transformação e distribuição de produtos. Com fulcro a equilibrar a relação desigual havida entre os agentes do mercado de consumo, o CDC

cria o ônus pesado ao fornecedor, com uma gama intensa de deveres a ele impostas.

Este tratamento verifica-se porque é natural que um fornecedor apresente uma posição preponderante, colocando outros contratantes (consumidores) em posição de vulnerabilidade. Não raro, constata-se que certos fornecedores apresentam posição monopolista, controlando o mercado, desenvolvendo uma especialidade em torno de produto ou serviço, podendo reduzir a oferta, ditar preços, impor cláusulas abusivas, etc.

O conceito de fornecedor não deixa muitas dúvidas, pois o CDC coloca um conceito por atividade, sendo o que está expresso no artigo 3º do CDC é apenas um rol exemplificativo, ou seja, abarca todo e qualquer indivíduo ou organização que se lance no mercado de modo organizado para fornecer produtos e serviços, de modo oneroso ou gratuito indireto, submetendo-se assim à legislação de consumo. A atividade do fornecedor é aquela habitual e onerosa, ou seja, se a pessoa física individual pratica essa atividade com habitualidade, e ainda visando o lucro, mesmo que tenha praticado por poucas vezes, ela é considerada fornecedora para os termos da lei. Se for atividade esporádica, afasta-se o CDC (NUNES, 2013, p. 135).

Perpetua-se, nesse momento, uma análise a respeito do produto e do serviço na relação de consumo. Como já aludido anteriormente, uma relação jurídica é composta por sujeitos e objetos. No caso da relação jurídica de consumo, ela é composta por sujeitos, que são os fornecedores e consumidores, e por objetos, que são os produtos ou serviços. Afirma-se ainda, que, dentro de uma relação de consumo, possuímos elementos objetivos e subjetivos. Os sujeitos (consumidor e fornecedor) são os elementos subjetivos, e o objeto (produto e serviço) são os elementos objetivos. Os elementos objetivos merecem, aqui, ser estudados. O CDC definiu produto e serviço em seu artigo 3º, parágrafos 1º e 2º⁸.

Nesse sentido, assevera-se que:

⁸ Dispõe: **§ 1º** Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. **§ 2º** Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.).

[...] Na definição de produto, o legislador coloca então “qualquer bem”, e designa este como “móvel ou imóvel”, e ainda “material ou imaterial”. Da necessidade de interpretação sistemática do CDC nascerá também a hipótese de fixação do produto como durável e não durável, por previsão do art. 26 (acontecerá o mesmo no que tange aos serviços). (NUNES, 2013, p. 139-140)

Pelo exposto, é possível dizer que produto é qualquer bem, ou ainda, qualquer “coisa” que possa ser apreciável economicamente. Já o serviço é qualquer atividade fornecida ou prestada. Não há qualquer distinção sobre o produto ser usado ou novo. Tampouco é feita qualquer distinção de contratos referentes à prestação de serviço. O conceito é amplo⁹.

Evidentemente, as conceituações e comentários acerca da relação de consumo não se esgotam aqui, mas, pelo exposto, conseguiu-se clarificar alguns pontos importantes, que por vezes despertam determinadas dúvidas por serem considerados simplórios, e conseqüentemente não são abordados com o devido zelo.

3 A MEDIAÇÃO COMO FORMA ALTERNATIVA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Para que se discuta a mediação nas relações de consumo, primeiramente mister se faz traçar alguns pontos importantes sobre ela.

A mediação, no Brasil, começou a se desenvolver em meados dos anos noventa, tendo sofrido grande influência da legislação da Argentina de 1995. No entanto, passou a ser visualizada com mais afinco com o

⁹ Clarissa Teixeira Paiva (2014, p. 1) esclarece: “[...] como se percebe, o legislador teve a intenção de fazer incidir o Direito do Consumidor de forma muito ampla, abrangendo os mais variados tipos de relações, em diferentes áreas do Direito, com exceção apenas das relações trabalhistas”.

novo Código de Processo Civil, onde dispõe de seção própria, que trata em específico “Dos Conciliadores e Mediadores” (arts. 165 a 175).

Consoante expõe Pinho (2012, p. 533), “a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes”. Mas, afinal, o que é a mediação de conflitos?

A mediação se apresenta como meio voluntário, compartilhado, eficiente e adequado de tratar conflitos, razão pela qual a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), política pública nacional, reconheceu-a como forma complementar de tratamento adequado de conflito, demonstrando um avanço tardio do Brasil na conscientização da incapacidade do Poder Judiciário de responder a todos os conflitos que batem à sua porta de forma satisfatória. Ao contrário do magistrado, o qual está acima das partes e profere uma decisão para pôr fim ao conflito, ou o árbitro, cuja decisão encerra o litígio em um procedimento de arbitragem, o terceiro mediador está entre as partes, atuando enquanto catalisador do conflito, facilitando a comunicação, o diálogo e a construção pelos próprios conflitantes de uma solução adequada ao litígio. Observa-se, assim, a importância do terceiro mediador diante do conflito e do seu tratamento, ao possibilitar a construção da resposta adequada à disputa, por meio da ética da alteridade, bem como apresentando um novo olhar para o Direito e a sociedade. (GIMENEZ, 2016, p. 15)

A mediação “objetiva não apenas auxiliar a boa resolução de litígios entre as partes envolvidas, mas bem administrar as relações existentes, para que as pessoas mantenham seus vínculos afetivos e possam construir uma sociedade fundada numa cultura de paz” (SALES; ALENCAR, 2009, p. 290).

Todavia, a mediação é um método de tratamento não violento de conflitos, por meio da qual se busca fazer com que os indivíduos envolvidos possam se colocar um no lugar do outro. O colocar-se no lugar do outro se chama alteridade.

Consoante Warat em uma entrevista concedida: “alteridade é a possibilidade de conhecer a existência do outro. Eu existo na medida em que tenho a capacidade para reconhecer a existência do outro, e ele comporá a minha própria existência” (WARAT, 2010, p. 44).

Colocar-se um no lugar do outro é fazer com que seja gerado um diálogo produtivo. A mediação não é simplesmente colocar as pessoas para dialogar, e sim fazer um exercício de empatia para que, de alguma forma, seja possível ter uma disposição interna de ambas as partes, de encontrar uma forma de se tratar o conflito¹⁰.

A solução buscada pela mediação é que as partes entrem em acordo, e é de extrema importância que a solução atenda a ambas as partes. A pacificação juntamente com a satisfação das partes é o objetivo central da mediação. A mediação “é um mecanismo não adversarial em que um terceiro imparcial, que não tem o poder sobre as partes, as ajuda para que, em forma cooperativa, encontrem o ponto de harmonia do conflito” (CALMON, 2015, p. 112).

Nota-se, contudo, que a mediação não acaba com a diferença entre as pessoas, mas faz com que elas sejam mais tolerantes umas com as outras, e a partir de então sejam capazes de conviver socialmente e terem como resultado a pacificação de suas relações.

Buscar mecanismos alternativos de tratamentos de conflitos é uma forma de cooperar com o Poder Judiciário, ou seja, tira-se o peso deste, para que somente fique responsável pelas causas pertinentes a ele. Assim, a atuação do Estado deveria se dar quando não fosse possível uma solução pela própria sociedade, se as partes envolvidas não conseguirem dirimir o conflito por outro meio, aí sim, necessário buscar o Estado. Nota-se, que não é apenas uma questão de lei, e sim é uma questão de formação educacional e cívica, devendo haver tal educação nas próprias escolas.

Nesse sentido, Eligio Restá (2004, p. 100), em seu livro “Direito Fraternal” assevera:

Para recomeçar, é preciso uma reconsideração ecológica da relação entre justiça e sociedade, que leve em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam, juntos, os problemas e os remédios: retorna-se, então, ao ponto de partida, com uma boa dose de relativização do juiz e da justiça. Sabe-se que 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 que este sistema é por definição o mais justo ou o mais racional.

¹⁰ Gimenez (2016, p. 104) alerta que “a mediação constitui-se em uma forma amigável e colaborativa de tratamento de conflitos que busca a resposta mais adequada ao conflito das partes”.

A sociedade atual está mergulhada na cultura da insegurança e, via de consequência, do conflito, e nessa linha infere-se que,

Na sociedade contemporânea, em que as reações das pessoas e suas ações caracterizam-se pela sua superficialidade e pela constante mudança de agir, sentir, portar-se, viver e compreender-se em um contexto social, percebe-se, na mesma proporção, nas mesmas pessoas a produção de medos e incertezas. [...]

[...] O ser humano vive um medo que orienta seu comportamento como uma ameaça direta à vida ou à integridade, cuja sensação é estar suscetível ao perigo. Passa, assim, uma insegurança – de que o mundo está cheio de perigos que podem atingir a qualquer momento sem qualquer aviso prévio – e uma vulnerabilidade – no caso de o perigo se concretizar. (GIMENEZ, 2016, P. 37-38)

E, salientando mais uma vez, nos dias atuais verifica-se que o Brasil está encarando uma série de conflitos sociais que se alicerçam em diversos segmentos. Esse quadro de conflitos é consequência de uma sociedade moderna caracterizada pelo estresse e carente de mecanismos eficientes para resolução de um conflito.

Muitos, e talvez a maioria (excluindo as ações em face do poder público), são os conflitos advindos das relações entre consumidores e fornecedores e notadamente tem-se verificado que o meio mais utilizado na tentativa de resolver tais impasses é o Judiciário. Contudo, já se observou que o Judiciário está abarrotado de ações, sendo pouco célere e eficaz¹¹.

No entanto, questiona-se: É possível aplicar a mediação nas relações de consumo? A resposta é simples: a aplicação da mediação nas relações de consumo é plenamente aplicável.

Impõe acrescentar que um dos objetivos principais da Política Nacional de Relações de Consumo é atender a todas as necessidades, buscando sempre a proteção dos interesses do consumidor, com transparência e evidente harmonia nas relações consumeristas. Assim, é

¹¹ Nesse sentido Fabiana Marion Spengler e José Luís Bolzan de Moraes (2008, p. 54) mencionam que “o conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras”.

possível afirmar que a mediação pode ser considerada uma medida eficaz, que é de certa forma executada pela Política Nacional de Relações de Consumo e que traz consigo a real efetividade dos direitos básicos do consumidor. Contudo, na mediação, não se pode olvidar de levar-se em conta a conhecida e muito destacada “vulnerabilidade do consumidor”, pois, apesar de ocorrer um diálogo entre as partes, de certa forma buscando a igualdade, o consumidor sempre estará em desvantagem, pois é o vulnerável da relação de consumo. Tal questão deve ser discutida em momento oportuno. Os benefícios trazidos pela mediação nas relações consumeristas são incontáveis, tanto para o fornecedor quanto para o consumidor. Ambos economizam tempo e, por vezes, dinheiro.

Ou seja, porquanto a mediação, aplicando o método socrático da maiêutica, utiliza-se de técnicas para que os envolvidos no conflito revejam o “problema” e visualizem soluções que vislumbrem a mudança comportamental apta a não apenas “resolver” a situação pontual objeto da mediação, mas modificar atitudes hábeis a impedir ou diminuir a reincidência do conflito, o direito do consumidor, principalmente por sua política nacional de relações de consumo, intenta, de igual forma, o alcance da “maturidade” das relações consumeristas através da “solução educativa” dos conflitos de consumo. É este, pois, caráter educativo, que, por exemplo, norteia as sanções administrativas (CDC, arts. 55 a 60). Tanto isto é verdade que, como visto, um dos princípios da política nacional das relações de consumo é a *educação e informação de fornecedores e consumidores* (destaque-se, consumidores e fornecedores, não apenas consumidores), *com vistas à melhoria do mercado de consumo*, o que significa dizer com o objetivo de propiciar a não repetição do conflito, mas utilizá-lo – o conflito – como um ponto de partida para a releitura da situação. O próprio “termo de ajustamento de conduta”, diuturnamente utilizado pelos órgãos de proteção ao consumidor, é uma comprovação da verdade desta afirmação. A mediação é, assim, um instrumento ágil e eficaz de *exercício* dos direitos do consumidor – e, mesmo do fornecedor –, constituindo-se, por consequência, em uma prática de cidadania responsável. (ROCHA, [s.d.], p. 1)

Pelo exposto, cumpre esclarecer que a mediação não é a solução para todos os males, mas, sim, é uma ferramenta muito simples que

pode ser utilizada para se resolver um conflito. A referida ferramenta (mediação) é de certa forma uma das ferramentas do cultivo da paz, ou seja, é por meio do diálogo que se tenta resolver o conflito, e, tornando-se efetiva é de grande valia, tendo em vista a economia de tempo e de certa forma a economia de mágoas, as quais podem ir se acumulando durante todo o percurso de um processo judicial.

4 CONCLUSÕES

A complexidade da vida moderna não pode ser justificativa para que se olvide da vida cidadã. Verifica-se que a mediação juntamente com o direito do consumidor compõe um dos caminhos para que os indivíduos possam exercer a sua cidadania. O Código de Defesa do Consumidor é uma norma pública e de evidente interesse social. Todos os cidadãos são consumidores e, na sua maioria, consumidores por necessidade. Até mesmo um serviço essencial pode ser defendido à luz do Código de Defesa do Consumidor. A mediação como forma alternativa de tratamento de conflitos surgiu para engrandecer e facilitar uma composição amigável entre as partes que vinham, anteriormente, a se conflitar. Esse meio vem para unir opostos, para trabalhar a questão do diálogo e fazer com que a sociedade possa entender a razão de seus conflitos e com isso trabalhar a alteridade, ou seja, trabalhar a ideia de colocar-se no lugar do outro.

É uma forma qualitativa de resolução de conflitos, ou seja, a mediação busca tratar definitivamente, e não apenas superficialmente, o conflito. Busca aprofundar, descobrindo a origem de tudo, e com isso vem o verdadeiro e pacífico tratamento do conflito, baseada no diálogo e na paz.

Denota-se que a universalidade do Código de Defesa do Consumidor é indiscutível, bem como a eficácia da mediação. Deixar o consumidor exposto, e sem alternativas, a um Judiciário lento, com enxurradas de processos, e muitas vezes sem respostas ou talvez sem o retorno merecido, é deixá-lo desamparado e evidentemente ferir a sua dignidade humana. Portanto, evidencia-se a importância e a eficácia da utilização da mediação no tratamento dos conflitos consumeristas, a qual é plenamente aplicável, observando-se, todavia, as suas limitações.

REFERÊNCIAS

BONATTO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. 1990.

_____. *Código de Processo Civil*. 2002.

_____. *Constituição Federal*. 1988.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CANCLINI, Nestor Garcia. *Consumidores e Cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2001.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor comentado, jurisprudência, doutrina*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O papel do terceiro mediador na política pública brasileira de tratamento de conflitos – Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça Brasileira – à luz da experiência do modelo do Tribunal de Múltiplas Portas do Distrito de Columbia, Estados Unidos da América*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2016. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2016.

MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUNES, Luis Antonio Rizatto. *Curso de direito do consumidor*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAIVA, Clarissa Teixeira. *O que caracteriza uma relação de consumo: conceito e elementos*. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-que-caracteriza-uma-relacao-de-consumo-conceitoeelementos,51055.html>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RIOS, Josué. *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

ROCHA, Amélia Soares da. *A mediação e o direito do consumidor*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4852/a-mediacao-e-o-direito-do-consumidor>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

SALES, Lilia Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso O. de; FEITOSA, Gustavo Raposo. Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e Segurança Pública. *Revista Sequência*, n. 58, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. *Cadernos de direito do consumidor: parte geral*. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul, 2010.

WARAT, Luis Alberto. Direito, sujeito e subjetividade: para uma cartografia das ilusões. Captura Críptica: direito política, atualidade. *Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito*, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, n. 2, v. 2. jan./jun. 2010. Entrevista concedida a Eduardo Gonçalves Rocha e Marta Regina Gama Gonçalves. Disponível em: <<http://www.ccj.ufsc.br/capturacriptica/documents/n2v2/parciais/5.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

DAS UTOPIAS IMOBILIZANTES AO FUTURO DA EDUCAÇÃO PARTICIPATIVA: O PAPEL DA MEDIAÇÃO NA RELAÇÃO ENTRE HOMEM E NATUREZA¹

JONATHAN DALLA ROSA MELO²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir da apreensão das utopias imobilizantes, pretende-se esclarecer que há um futuro alternativo na relação conflituosa entre homem e natureza, o qual perpassa pela educação participativa. O presente trabalho estrutura-se em três momentos. No primeiro, aborda-se a concepção reducionista da biodiversidade quando vinculada à razão de ser do mercado, qual seja, uma economia voltada unicamente para o desenvolvimento econômico, traduzido no lucro, sendo essa a relação entre homem e natureza (racionalidade instrumentalizada da natureza pelo desenvolvimento econômico). Na obra de François Ost, discute-se o conceito de natureza-projeto com o objetivo de mostrar uma visão específica sobre o papel do Direito enquanto mediador da relação entre homem e natureza.

Num segundo momento, realiza-se a análise do livro *Homo sociologicus*, de Ralf Dahrendorf, no qual se mostra a máscara do desenvolvimento econômico na atualidade, realizando a interação de mediação entre os conflitos socioambientais com a sociologia.

¹ O presente artigo é parte de pesquisa vinculada à disciplina Limites e possibilidades da mediação comunitária/popular, do Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo/Rs. Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 101271; Técnico em Agropecuária inscrito no CREA/RS sob o nº 174500; Radialista: Locutor-apresentador-animador com registro no MTPS sob o nº 0015290/RS. Agricultor no Lajeado das Pombas-Santo Ângelo/RS. E-mail: jonathandallarosa@gmail.com

Ao final, trata-se da educação participativa proposta por Luís Alberto Warat, a qual procura mostrar que deve-se perder a fé nas crenças que foram impostas, nas crenças que se confundem com o conhecimento, e que em nome da verdade não se pode ter divergências, e que então é necessário perdê-las para haver então um rompimento das utopias imobilizantes.

2 FRANÇOIS OST E A RELAÇÃO HOMEM-NATUREZA EM SOCIEDADES CONFLITUOSAS

Na obra de François Ost, discute-se o conceito de natureza-projeto com o objetivo de mostrar uma visão específica sobre o papel do Direito enquanto mediador da relação entre homem e natureza. Nela, o autor demonstra que a crise ecológica não se resume a um simples aumento de extensão e gravidade da degradação ambiental, e sim de uma crise de representação a propósito dos vínculos e limites entre o que é humano. É visível em Ost (1995, p. 12): “A crise ecológica revela-nos hoje que, também neste domínio, o dualismo leva a um impasse.”. E que “é agora bastante claro: este dualismo determina a perda do vínculo com a natureza, ao mesmo tempo que suscita a ilimitabilidade do homem.

Neste sentido, “compreende-se facilmente porque é que este modelo de natureza-sujeito não consegue superar o modelo da natureza-objecto, no pensar do vínculo e do limite que caracterizam a relação do homem com a natureza” (OST, 1995, p. 15). Dessa maneira:

[...] este confusionismo identitário gera dois erros opostos e, no entanto, solidários: o naturalismo e antropomorfismo. Em virtude do primeiro, a natureza é projecta na cultura que acaba em absorver por completo. Ela é não somente princípio de vida, mas também norma de conhecimento e regra de acção. De modo inverso, em virtude do antropomorfismo, o homem projecta na natureza a *sua* visão das coisas, *uma determinada* visão das coisas, necessariamente datada e localizada. (OST, 1995, p. 15)

Essa noção de desestruturação ambiental trouxe prejuízo ao meio ambiente, especialmente à fauna e à flora, imprescindíveis à própria manutenção do equilíbrio ambiental. Esses acontecimentos também trou-

xeram implicações ao ser humano, uma vez que, para que ele possa desfrutar da existência de uma vida saudável, digna e com qualidade – como não poderia deixar de ser –, mister uma conscientização da necessidade de preservação do meio ambiente, ou seja, a integração do homem com a natureza para a conservação da vida em todos os níveis, espécies de animais e vegetais que compõem a biodiversidade³ do planeta Terra.

Para compreender melhor a reflexão que vem sendo feita, Ost (1995, p. 105) afirma que “a ecologia, como toda ciência, é também filha do seu tempo, das suas ideias e dos seus valores; [...] ela impôs, no transcorrer do tempo, uma visão integrada e dinâmica das relações entre as espécies, incluindo a espécie humana e o ambiente”. Mais que isso, não é possível compreender o meio ambiente e a sua proteção jurídica como uma área independente e desvinculada da sua inter-relação com outras áreas do conhecimento como a filosofia a sociologia e a própria biomedicina.

Nesse sentido, como ensinam Leite e Ayala (2004, p. 64), “o meio ambiente é um conceito que pressupõe uma interação homem e natureza, mostrando-se dois elos do mesmo feixe. Outrossim, pressupõe uma visão holística e não fragmentária”.

O direito ambiental pressupõe uma visão transdisciplinar. Para tanto, houve a necessidade de se superar o tradicional modelo antropocêntrico⁴, arraigado durante muito tempo na consciência humana, para uma visão antropocêntrica alargada. Esse modelo de visão antropocêntrico-alargado contribuiu profundamente nas discussões a respeito do meio ambiente e por uma nova visão sobre os bens e valores ambientais.

Isso evidencia que a superação da visão ambiental antropocêntrica, por uma visão antropocêntrica alargada, fez com que o ser humano re-

³ “A biodiversidade pode ser definida como a variação biológica de determinado lugar ou, em termos mais genéricos, como o conjunto de diferentes espécies de seres vivos de todo o planeta. De forma mais ampla, define-se biodiversidade como o total de organismos existentes, a sua variação genética e os complexos ecológicos por eles habitados; logo, não apenas as diferentes espécies, mas também as diferenças existentes dentro da mesma espécie. De forma mais restrita, define-se biodiversidade como o conjunto de seres vivos que habitam a biosfera, com suas características taxonômicas e ecológicas, sem considerar os fatores químicos e físicos do ambiente. Assim, quanto maior for a variação biológica e o número de espécies em um determinado local, maior será a sua biodiversidade e vice-versa.” (VARELLA; FONTES; ROCHA, 1998, p. 20)

⁴ O antropocentrismo, segundo Leite (2012, p. 163), é um dos principais dilemas éticos relacionados à temática ambiental, ao lado da mencionada ecologia profunda (a ecologia profunda também é chamada de *deep ecology*, pelo fato de seus primeiros defensores se encontrarem nos Estados Unidos da América).

negasse uma visão estritamente econômica do meio ambiente e passasse justamente considerar a importância da proteção ambiental. Isso reside justamente na compreensão de que o ser humano é ente da biodiversidade e, portanto, precisa da natureza *como requisito para a garantia de sobrevivência da própria espécie humana* (LEITE, 2012, p. 163).

Sem dúvida, essa dinâmica contribuiu para transformar o homem e a natureza em busca de um novo ambientalismo – sob o paradigma do Estado socioambiental – (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 16) capaz de garantir a tutela dos direitos humanos e o reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente.

O desafio é estabelecer uma vida justa e solidária através de uma ética⁵ socioambiental, integrando o homem e a natureza para a construção de uma sociedade justa, solidária e preocupada com a defesa do meio ambiente. Contribuindo para a reflexão, Pessini e Barchifontaine (2012, p. 106) pontuam que:

[...] não há meio ambiente digno se existem injustiças e desigualdades sociais. A redução do modelo de desenvolvimento ao econômico puro e simplesmente é inaceitável. O desafio é elaborar uma ecologia humana que cultive a ética da responsabilidade pelo futuro da criação, na construção de uma sociedade justa e solidária. É claro que não teremos um cenário novo que promova qualidade de vida e saúde sem uma reestruturação das realidades sociais, econômicas e políticas. É nessa perspectiva que se fala, no Terceiro Mundo, de uma ecologia social ou de uma ética socioambiental, que integre ecologia e justiça social.

Dessa interação entre o homem e o meio ambiente, surgem novos questionamentos sobre a vida humana, sobre as pesquisas científicas e biotecnológicas, valores e normas éticas e questões concernentes à pro-

⁵ Nas lições de Engelhardt (2004, p. 52-53), a palavra *ética* é ambígua em si mesma. Primeiro, como sugere sua etimologia, pode significar o que é costumeiro. Como aquilo que é habitual para as pessoas, a ética é semelhante em significado à raiz da palavra *moral*, *mos* (plural *mores*), os costumes de um povo. Na ética médica, esses sentidos são encontrados em muitas das obras do médico grego Hipócrates; tratam-se de valores e expectativas morais considerados certos, que constituem o caráter do dia-a-dia da prática da medicina. É um termo da ética como *ethos* que muitos vivem a maior parte de sua vida, e em cujos termos a maior parte dos cuidados médicos geralmente é proporcionada. A ética também é usada para identificar as regras de comportamento usadas por grupos profissionais: advogados, contadores, médicos e enfermeiros, por exemplo.

teção da própria natureza e sua biodiversidade, e, em especial, a possibilidade de o homem intervir no genoma humano.

Nesse sentido, contribuem Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 43):

O Estado Socioambiental de Direito, nesse novo cenário constitucional, tem por missão e dever constitucional atender o comando normativo emanado do art. 225 da CF88, considerando, inclusive, o extenso rol exemplificativo de *deveres de proteção ambiental* elencado no seu § 1º, sob pena de, não o fazendo, tanto sob a ótica da sua ação quanto da sua omissão, incorrer em práticas inconstitucionais ou antijurídicas autorizadas da sua responsabilização por danos causados a terceiros – além do dano causado ao meio ambiente em si.

Nesse contexto, observa-se que a Constituição Federal de 1988 delineou de forma clara os deveres de proteção ambiental, como exemplifica o seu extenso rol a partir do artigo 225, parágrafo 1º e seus incisos. Assim, dentre o que interessa aqui abordar, encontra-se o inciso II do referido artigo que dispõe o seguinte:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: [...]

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

A partir de tal entendimento, a construção de uma nova concepção ambiental tornou-se imprescindível, tanto para o ser humano, que exerce influência imediata no Planeta e necessita preservá-lo para as presentes e futuras gerações, quanto para os próprios componentes da biodiversidade ecológica, uma vez que há uma inter-relação entre o homem e a natureza.

Pela compreensão transdisciplinar do direito ambiental, especialmente a relação entre homem e natureza, há necessidade de soluções

de conflitos ambientais através de uma ecomediação, capaz de colocar soluções alternativas frente ao modelo tradicional de judicialização dos conflitos, que muitas vezes acabam agravando os problemas ambientais.

Habermas (2010, p. 15) ensina que “a conduta de vida eticamente consciente não pode ser compreendida como uma autopermissão própria de uma visão limitada”. Portanto, tudo está interligado – o homem, o ecossistema e toda a complexidade das relações existentes entre ambos, o que interfere e condiciona suas ideias, valores e projetos na teia da vida.

Nessa ótica, importante é a noção de que o desenvolvimento do ser humano está diretamente ligado ao ambiente que o cerca; isso dá a ideia da transdisciplinaridade do direito ambiental, uma vez que tudo está interligado, não sendo possível separar o homem da natureza. Percebe-se a complexidade das relações conflituosas e a diversidade cultural existente na sociedade brasileira, tornando evidente a necessidade dos meios de práticas alternativas ao sistema jurisdicional.

3 HOMO SOCIOLOGICUS DE DAHRENDORF E DIREITO FRATERNAL DE ELIGIO RESTA

Atualmente, a sociedade moderna destaca-se pela complexidade e diversidade de atribuições contemporâneas. Sobre a complexidade, escreve Edgar Morin (2000, p. 495):

[...] um problema, é um desafio, não é uma resposta. O que é a complexidade? [...] Num primeiro sentido, a palavra *complexus* significa aquilo que está ligado em conjunto, aquilo que é tecido em conjunto. E é este tecido que se deve conceber. Tal como a complexidade reconhece a parte da desordem e do imprevisto em todas as coisas, também reconhece uma parte inevitável de incerteza no conhecimento. É o fim do saber absoluto e total. A complexidade tem a ver, ao mesmo tempo, com o tecido comum e com a incerteza.

Devem-se respeitar os diversos aspectos da complexidade, já que o ser humano é biológico-sociocultural.

Mesmo que o biólogo revele alguns aspectos da pessoa humana, tranquiliza-nos o fato de que o corpo não é o essencial em nós

e que conceitos e teorias biológicas não afetam a integridade de nossa individualidade. Precisamos até certo grau assimilar o homem biológico e custa-nos relativamente pouco a identificação com o mesmo. Não conheço nenhum caso em que se culpasse a biologia de fazer desaparecer, através de suas categorias, a unicidade física de cada ser humano. Ninguém se sente impelido a defender seu bigode, as curvas de seu nariz ou o comprimento de seus braços, contra a argumentação científica do crescimento capilar, do vómer ou do braço, a fim de não perder a sua individualidade, reduzindo-se à mera ilustração de categorias ou princípios gerais. (DAHRENDORF, 1991, p. 36-37)

Possuímos defesas biológicas, que são inerentes aos seres humanos, as quais não perdem a individualidade se ficarmos presos a elas. A mera

[...] probabilidade ocasional dificilmente poderá explicar o nosso comportamento em relação aos outros e a nós mesmos. Obedecemos a leis, votamos em eleições, casamos, frequentamos escolas e universidades, temos uma profissão e somos membros de uma igreja. Cuidamos de nossos filhos, tiramos o chapéu ante os nossos superiores, damos preferência aos mais velhos, falamos com diversas pessoas em diversas línguas, sentimo-nos aqui em casa, acolá forasteiros. Não conseguimos andar um passo, não conseguimos proferir uma sentença, sem que entre nós e o mundo se interponha um terceiro que nos vincula ao mundo e que relaciona as duas abstrações tão concretas: a sociedade, esta só pode ser procurada na onipresença de seu objeto que está inserido em sua própria descrição e análise. (DAHRENDORF, 1991, p. 39)

A essa realidade apresentada acima, precisa-se trazer novas possibilidades para enfrentar os conflitos judiciais. Sempre há um terceiro nas relações cotidianas de sociedade. Enquanto assim a análise sociológica reconstrói o homem enquanto *homo sociologicus*, cria para si novamente o problema moral e filosófico de como se relaciona o homem artificial da sociologia com o homem real de nossa vida diária (DAHRENDORF, 1991, p. 42).

Em uma sociedade moderna, impulsionada pela unificação e pela racionalidade social, encontra-se

[...] a metáfora do teatro, no sentido do *theatrum mundi*, só pode ser entendida *stricto sensu*, enquanto prova da necessidade factual e da antiguidade da categoria que nos ocupa neste momento. Pois, contanto que o mundo como um todo, ou pelo menos o mundo humano, é representado por uma peça teatral de dimensões gigantescas, ao indivíduo só compete uma única máscara, uma pessoa, um caráter e um papel no todo. (DAHRENDORF, 1991, p. 45)

A sociedade atual se encontra na representação de uma peça de teatro, pois sua racionalidade insere-se em um contexto individual, em que cada vez mais o indivíduo alcança o seu desejo de representação, portanto vê que:

“O mundo” é um palco no qual o indivíduo surge, desaparecendo novamente. Porém, não se trata somente de uma apresentação, pois o indivíduo aparece diversas vezes e, em cada uma delas, com máscaras diferentes. O mesmo indivíduo aparece no palco enquanto criança, deixando-o para novamente aparecer como adolescente, homem adulto ou ancião. Somente ao morrer, deixa o palco definitivamente; porém novas e outras pessoas habitam-no então e desempenham os seus papéis. A metáfora de Shakespeare tornou-se hoje o princípio construtivo fundamental da ciência da sociedade. O indivíduo e a sociedade estão mediatizados, quando o indivíduo aparece como portador de atributos e formas de comportamento socialmente preformadas. Hans Schmidt como aluno carrega uma pasta e, de fisionomia alegre, dirige-se involuntariamente para a escola; como amante suspira e canta a sua amada; como soldado deixa crescer uma barba, maldiz, é beligerante e sensível no que tange à sua honra; como juiz veste-se cuidadosamente e porta-se sabiamente. “Aluno”, “amante”, “soldado”, “juiz” e “ancião”, de modo estranho, são simultaneamente este determinado indivíduo Hans Schmidt e algo dele separável, sobre o que se pode falar sem referência a Hans Schmidt. A descrição de Shakespeare sobre o que tem e o que faz o juiz poderá não mais ser válida para o palco de nossa época conquanto também passamos enumerar quais as características e qual o comportamento de um juiz, indiferentemente se tratar-se de Hans Schmidt ou Otto Meyer; também para nós a sociedade ainda é aquele fato irritante que, tirando do indivíduo a sua individualidade, coloca-o em situação de generalidade, dando-lhe perfil e certeza. (DAHRENDORF, 1991, p. 47-48)

Devido a sociedade ser complexa, e o convívio com “o indivíduo não somente pode, mas deve, via de regra, ocupar uma pluralidade de posições, é se de supor que o número de posições que cabe a cada um cresce com a complexidade das sociedades” (DAHRENDORF, 1991, p. 52). Assim, mostra-se nessa concepção que os “papéis sociais são feixes de expectativas, que se ligam, em uma determinada sociedade, ao comportamento dos portadores de posições” (DAHRENDORF, 1991, p. 54). Assim

[...] deve ser demonstrado que a sociedade não somente é um fato, mas um fato “irritante”, ao qual não nos podemos furtar impunemente. Papéis sociais implicam em uma coerção exercida sobre o indivíduo, podendo a mesma ser vivenciada como uma privação de seus desejos particulares, ou como um ponto de apoio que lhe fornece segurança. Este caráter das expectativas de papéis baseia-se no fato de que a sociedade dispõe de sanções com auxílio das quais é capaz de coagir. Aquele que não desempenha o seu papel será punido; quem o desempenha, será recompensado; na pior das hipóteses, não castigo. Conformismo em relação aos papéis preestabelecidos não é de forma alguma exigência característica de sociedades modernas, porém um aspecto universal de todas as formas sociais. (DAHRENDORF, 1991, p. 57)

Com certa precisão, o indivíduo em privação de seus desejos particulares, está arguido de conformismo, e de tal forma alcança o seu caráter de individualidade preestabelecido. Portanto,

O indivíduo encontra os seus papéis como dados e “Nos papéis o indivíduo e a sociedade são mediatizados”! A maneira como o indivíduo assume as suas posições e os seus papéis e em que situação se encontra em relação a estes, constituem questões abertas. Na discussão sociológica dedicou-se sobretudo uma atenção muito maior a estas questões do que as duas anteriores, de forma que as nossas considerações neste momento se transformam em uma exposição de considerações conhecidas. Estas discussões nos aproximam ao mesmo tempo, do problema inicial deste ensaio que era o de como poderia ser detectado e explicado o paradoxo do homem sociológico ator de papéis. Pois o relacionamento do indivíduo com os seus papéis sociais implica no nascimento do *homo sociologicus* a partir do homem global, na redução do homem a ator de palco da sociedade. (DAHRENDORF, 1991, p. 74)

Jasson Ayres Torres (2005, p. 168) ensina que a mediação é um instrumento rápido e eficaz, e que dessa maneira

É indiscutível a importância da mediação como modelo que se expande no seio da sociedade, como mecanismo válido na solução dos conflitos. Por isso, a confiança gradativamente vem aumentando nos instrumentos menos formais, diretos e rápidos no atendimento do direito reclamado pelo cidadão. Dessa forma, acreditamos num programa que pode ser desenvolvido e colocado em prática junto à organização do Poder Judiciário, como importante auxiliar dos órgãos encarregados da solução dos conflitos e preocupados com o mais amplo acesso à justiça. [...] Em que pese não esteja inserido como texto legal, é um instrumento jurídico colocado à disposição da sociedade e do Poder Judiciário para viabilizar um paradigma de justiça.

A mediação possibilita o sentido de atendimento próprio, diferenciado do tradicional modelo de solução de conflitos. Já que o Poder Judiciário não proporciona soluções ágeis àquilo que a sociedade realmente espera.

A mediação funciona como um processo democrático, pois rompe/dissolve os marcos de conflitos, acolhendo a desordem e buscando a sua resolução pelo diálogo e compreensão entre as partes no intuito de garantir a democracia e a cidadania, principalmente na fundamentação da relação um com o outro (SPENGLER, 2008).

Nesse sentido, “a redução do volume de serviços do Judiciário é mera consequência desse importante resultado social” (WATANABE, 2011, p. 4).

De qualquer forma, as posições sociais representam um presente grego da sociedade ao indivíduo. Quer o indivíduo as tenha adquirido através de esforço próprio, quer tenham sido atribuídas sem que lhe fosse perguntado, elas exigem dele uma produção. Pois a cada posição social pertence um papel, um conjunto de expectativas válidas para o comportamento de seu portador, sancionado pelos grupos de referência de seu campo (DAHRENDORF, 1991, p. 77).

Do ponto de vista da sociedade e da sociologia, a aprendizagem das expectativas de comportamento é um processo que, transformando o homem em *homo sociologicus*, o torna acessível e lhe

confere significado. O homem despido de papéis é um ser inexistente para a sociedade e a sociologia. Para tornar-se parte da sociedade e objeto da análise sociológica, o homem “puro” deve ser socializado, acorrentado à sociedade e com isso transformado em seu membro. Através da observação, imitação, doutrinação e aprendizagem consciente deve crescer nas formas que a sociedade reserva para ele como portador de suas posições. (DAHRENDORF, 1991, p. 78)

A sociedade atual se encontra em meio a interesses, e de tal ponto de vista são possuidoras de posições impostas, chamada de sociedade sociabilizada. Mas então, como saber a qual sociabilização somos adeptos?

O fenômeno concomitante mais importante da internalização dos papéis sociais é a individualização paralela das sanções que, como leis e costumes, controlam o nosso comportamento. Desde Freud, a teoria é unívoca, por um lado no sentido de que a consciência, como Superego, é a internalização dos juízos da sociedade e seus grupos de referência, e, por outro, que a voz ameaçadora e sentenciante da sociedade pode sancionar o nosso comportamento através de nós mesmos. (DAHRENDORF, 1991, p. 79)

O comportamento regular de um indivíduo em relação a outros indivíduos adquire significado sociológico, enquanto o comportamento é entendido como referido a modelos pré-concebidos, isto é, aparecendo como reflexo daqueles fatos não individuais que, em contraposição a Linton, Davis, Gerth e Mills e muitos outros psicólogos sociais, denominamos papéis sociais (DAHRENDORF, 1991, p. 84).

Dois elementos definidores podem ser encontrados em todos os autores citados: a indicação de “locais”, “colocações” ou “posições” em determinados campos de relações sociais, e a ênfase a cada “direitos e deveres” ou expectativas de comportamento de caráter normativo inerentes a estas posições. Além disso, em algumas definições surge um elemento psicológico, o comportamento real do portador individual de posições. (DAHRENDORF, 1991, p. 87)

Percebe-se que nossas atitudes em relação ao consumo já são moldadas pelos interesses dominantes, um consumo exacerbado, que é

influenciado de forma quantitativa. As relações sociais são pautadas ao consumo irracional, em que a

[...] sociedade é um fato, um fato irritante, exatamente por não ser um produto de nossas inspirações espontâneas nem de nossos costumes. Eu posso transgredir as leis de meus grupos de referência e posso violar os costumes que se tornaram caros, esses dois tipos de ações, porém, não essencialmente incomensuráveis. Enquanto que a primeira me conduz a um conflito com o fato sociedade, externo a mim, a última envolve apenas a mim mesmo. (DAHRENDORF, 1991, p. 88)

Verifica-se de forma auspiciosa três tarefas que descrevem os papéis sociais:

A primeira tarefa no caminho para a identificação empírica dos papéis sociais é de natureza classificatória. Trata-se, em primeiro lugar, da seleção de grupos de posições sociais nos quais cada um dos indivíduos ocupa tipicamente uma posição. A segunda tarefa, na descrição dos papéis sociais, consiste na averiguação dos grupos de referência, que definem o local de determinadas posições sociais. A pergunta, se existe para cada posição um determinado e determinável número de grupos de referência, em geral é difícil de ser respondida. A tarefa mais importante e, ao mesmo tempo, a mais difícil da descrição dos papéis, consiste na identificação e formulação de expectativas de papéis e sanções. Nesta questão fracassam todas as anteriores tentativas de precisão operacional do conceito de papel. (DAHRENDORF, 1991, pp.93-94)

No entanto o “estudo de papéis isolados conduz a problemas específicos de análise sociológica, quando se confrontam as expectativas cristalizadas em papéis com o comportamento real” (DAHRENDORF, 1991, p. 96). Portanto, “o conflito entre papéis profissionais e familiares e sua gradual solução através da redução das expectativas das posições familiares pode ser provado com material histórico e ser válido como paradigma para muitos processos da divisão social do trabalho” (DAHRENDORF, 1991, p. 97). Nessa linha de pensamento:

O “habitante da terra”, como observa Robert Musil, tem pelo menos nove caracteres: caráter profissional, de nacionalidade, de

classe, caráter geográfico, de sexo, um caráter consciente, um inconsciente e talvez ainda um caráter privado; ele os une dentro de si, mas ao mesmo tempo eles o dissolvem e ele em si nada mais é do que um pequeno vale, erodido por estes muitos regatos que nele penetram e posteriormente dele saem para se unirem a outros regatos e preencherem outros vales. Por isso todo o habitante desse mundo tem ainda um décimo caráter, e este não é mais do que fantasia passiva de espaços não preenchidos; é o que permite ao homem tudo, menos isto: levar a sério aquilo que seus, pelo menos nove outros, caracteres fazem e o que com eles acontece; portanto, com outras palavras, exatamente não aquilo que deveria preenchê-lo. (DAHRENDORF, 1991, p. 100)

É possível uma nova racionalidade construtiva que possibilite a internalização dos valores da mediação nos mais diversos caracteres. Dessa maneira,

O habitante de um país é o homem no contexto da sociedade; não é simplesmente homem, mas homem em seu país, em determinados limites políticos onde outros com ele convivem e dos quais ele depende. Como tal tem uma série de caracteres, de máscaras, pessoas ou papéis. Ocupação, pertença nacional, cidadania, classe, personalidade regional e sexo são tais caracteres; a eles Musil poderia ter acrescentado idade, família e outros. O habitante de um país, além disso, não é só *homo sociologicus*, mas também *psychological man*; duas almas convivem em seu peito, uma ego-consciente, outra id-inconsciente, e também estas são cores no espectro de sua figura cintilante. (DAHRENDORF, 1991, p. 100-101)

Ser habitante do planeta, é, portanto, ocupar posições de cidadania, com interesses ao bem comum.

O homem habitante de um país é para o homem habitante do globo um mero objeto de protesto irônico. A pretensão de exclusividade do habitante de um país se transforma para o habitante do globo em uma distante pretensão a qual ele ouve e ante a qual ele sorri, sem que esta consiga permear os espaços de sua fantasia. Seu décimo caráter morre com o habitante do globo, somente a ele pertence e somente por ele é administrado. A ironia retirada de Musil para a fantasia passiva de espaços não preenchidos poderá não ser a única e mais satisfatória resposta para a

provocação do paradoxo dos dois homens; mas sua observação descerra este paradoxo com a dramática expressão. Como quer que giremos e movamos o *homo sociologicus*, não conseguiremos transformá-lo em um indivíduo determinado que seja nosso amigo, pai, colega ou irmão. O *homo sociologicus* não ama nem odeia, não ri nem chora. (DAHRENDORF, 1991, p. 101-102)

A compreensão do homem habitante, seja ele de um país ou do globo, é o que faz refletir sobre o seu papel na inter-relação homem-natureza, já que ambos estão interligados e não separados.

Ambas, natureza e liberdade, “*homo sociologicus*” e homem global, têm os seus próprios atrativos e inconvenientes, quando examinados em função de sua força de atração. A tese de liberdade é, em verdade, “dogmática” e “especulativa”, mas nem por isso é menos “popular”, sobretudo quando vem de encontro aos nossos “interesses práticos”. Pois na antítese da legitimidade “também as ideias e fundamentos morais perdem toda a validade”. Em compensação, essa, por outro lado, é “empírica”, e nos proporciona uma compensação fiel e ordenada do mundo. Ambos os lados tendem a cair “no erro da imodéstia”. O sociólogo descreve o homem como agregado de papéis e reclama para si, inopinadamente, ter com isso descoberto validamente a essência do homem. (DAHRENDORF, 1991, p. 105)

Dotado de propósito, homem e natureza estão mutuamente em contato. A natureza, com a sua primordial liberdade natural, o homem, com seu lado agregado a ela, de modo intencional de domínio. Contudo verifica-se que

O indivíduo, íntegro e livre, não é suscetível de pesquisa empírica, e não o pode ser de acordo com o seu conceito. Mas, mesmo assim o conhecemos a partir de nós e outros. O exemplar, construído e condicionado, por outro lado, baseia-se no estudo sistemático dos fenômenos; também não é mais do que uma construção da inteligência. O paradoxo do homem duplo é, caso ainda exista, de outra natureza do que o da mesa dupla. Este último revela uma contradição de experiência em relação ao mesmo fenômeno; aquele, por sua vez, revela-se como fantasma caso considerarmos criticamente os motivos de conhecimento da antítese. As duas

formas da mesa são teorias concorrentes no âmbito da mesma esfera de conhecimento; os dois caracteres do homem representam a expressão de possibilidades essencialmente diferentes do conhecimento. (DAHRENDORF, 1991, p. 107)

Nas palavras de Portanova (2000, p. 242. Grifos do original.), deve-se pensar de forma mais complexa e responsável:

Neste sentido, a superação da crise ambiental implica não apenas conciliar o desenvolvimento econômico-social com a proteção do meio ambiente, isto é, garantir o chamado desenvolvimento sustentável, mas, sobretudo, promover *uma verdadeira mudança de atitude da civilização e dos seus hábitos predatórios que comprometem não só o futuro das próximas gerações, mas o próprio equilíbrio do planeta.*

Não resta dúvida de que se precisa de mudanças enraizadas em uma nova racionalidade ambiental, principalmente aquela pautada no desenvolvimento irracional. Mudanças são importantes, para haver uma racionalidade pautada num desenvolvimento sustentável ecológico. Assim,

O paradoxo nem mesmo resolvido pela crítica transcendental de Kant, consiste no efeito moral do *homo sociologicus* em uma sociedade que sempre está separada para substituir o senso comum por teorias científicas. Os nossos tribunais, em medida crescente, encontram dificuldades em descobrir, por trás dos pareceres explicativos dos cientistas sociais, a culpa do acusado. (DAHRENDORF, 1991, p. 109)

Entende-se que há dificuldades de um entendimento para a explicação dos conflitos ambientais, principalmente quando há danos, e em que medidas temporais esses danos acarretaram às presentes e futuras gerações.

Por *homo sociologicus* e homem global lutarem entre si pelo prestígio e autocompreensão prática dos homens, originam um dilema, em relação ao qual devemos tomar uma posição. O esclarecimento do dilema é importante e urgente, porque o *homo socio-*

logicus, como produto da ciência, tem em nosso século melhores chances de “decolagem”. (DAHRENDORF, 1991, p. 110)

A natureza difusa do conflito socioambiental significa que há uma gama indeterminada de sujeitos envolvidos e interessados na questão. Estes sujeitos devem ser identificados e trazidos para o debate. Como bem explica a Constituição Federal de 1988, são sujeitos de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado as presentes e futuras gerações, deixando claro o contexto difuso.

Da mesma forma, diz que o conflito não significa, por si só, inimizade, servindo, muitas vezes, para a superação e evolução das relações sociais, caracterizando:

O paradoxo pragmático do homem duplo decididamente não pode ser resolvido através de nenhuma crítica. Permanece como um dilema que, apenas parcialmente, consegue dominar satisfatoriamente nossa ação. Tanto o *homo sociologicus* como o indivíduo livre constituem partes de nosso mundo empírico e sua compreensão. Por isso a primeira reivindicação dirigida ao sociólogo é de que reconheça o dilema, não esquecendo em nenhum momento a sua urgência. (DAHRENDORF, 1991, p. 113)

O sociólogo, como tal, não é político e também não o deve ser. Pior do que este equívoco é a exigência de o sociólogo abandonar a distância crítica tanto em relação ao seu trabalho quanto à sociedade a fim de ser cientista (DAHRENDORF, 1991, p. 114).

A relação acima identificada estabeleceu a explanação acerca da relação homem-natureza, na medida de seus conflitos, e uma série de posições que instigam uma nova forma de soluções de conflitos daquela tradicional e conhecida (judicial). Não basta apenas buscar o Poder Judiciário para a solução de conflitos. É necessário trabalhar com formas alternativas de resolução de conflitos, indiscutivelmente na questão do direito ambiental, que é tão diverso e desuniforme.

4 EDUCAÇÃO PARTICIPATIVA DE LUÍS ALBERTO WARAT

Inicialmente, ressalta-se a importância da mediação quanto à celeridade na resolução dos conflitos, uma vez que contribuirá para a

prevenção do dano aos recursos naturais e para o desenvolvimento sustentável. Constata-se que tais mecanismos se têm mostrado eficientes não só no Brasil, mas em outros países, em diversas áreas do Direito. Na área ambiental, no entanto, é imprescindível que haja uma mudança de paradigma, ou seja, de postura cultural da sociedade para evitar atribuir somente ao Poder Judiciário o caminho para a resolução dos conflitos ambientais. A forma proposta por Luís Alberto Warat é aquela voltada à prática do amor. Nela mostra-se que “Amar-se significa não renunciar a nós mesmo como fuga ou modo de agravar o conflito. A questão é como conseguir amor sem perder-nos a nós mesmos nesses processos. Todos precisamos ser nós mesmos e ser amados” (WARAT, 2004, p. 79). Assim a

[...] mediação que realiza a sensibilidade é uma forma de atingir a simplicidade do conflito. Tenta que as partes do conflito se transformem descobrindo a simplicidade da realidade. A mediação com sensibilidade é uma procura da simplicidade. (WARAT, 2004, p. 31)

É importante advertir que é preciso esquecer na transmodernidade, é um saber diferente ao determinado pela condição moderna. E o saber da integridade que se deve esquecer para lembrar corporalmente o esquecido. São parâmetros de orientação que não se bifurcam para departamentalizar o conhecimento (WARAT, 2004, p. 55-56).

Não resta dúvida de que o caminho a ser escolhido é o da mediação, embora “Queremos e não sabemos como amar bem” (WARAT, 2004, p.77). A mediação de conflitos ambientais mostra-se como uma alternativa exitosa, em contraponto com a velha judicialização dos conflitos.

Tanto é que “a educação participativa parte da idéia de que tenho que assumir e resolver, sair a procurar tudo aquilo que não sei. A educação participativa me transforma em um procurador, um buscador, um bandeirante de territórios desconhecidos, que descobrimos por nós mesmos” (WARAT, 2004, p. 194).

A melhor forma de dominar o outro, de excluí-lo de sua autonomia, é impingir-lhe crenças; é forçá-lo a ter fé nelas; a melhor forma de dominar os outros é fazê-los crer. Controlando tuas crenças controlo teus atos. Sou um dependente quando eu concedo ao outro o poder de fazer-me crer. O sujeito apaixonado funda sua

dependência no poder que outorga ao outro para fazê-lo crer. E tudo é à imagem e semelhança dessa dependência amorosa. A fé nas crenças precisa de um apaixonado desmedido. O monstruoso é como a sociedade tenta construir-nos na desmesura das crenças. A educação participativa procura que nós adquiramos a responsabilidade de produzir nossas próprias crenças, ajudar-nos nós mesmos (com a menor cota de ajuda terceirizada) a subtrair de qualquer outro com pretensões de dominador; o poder de produzirmos as crenças. (WARAT, 2004, p. 195)

A educação participativa permite e traz a ideia de que é possível assumir e se preparar para resolver ou dar respostas adequadas aos problemas para ambas as partes. Na educação participativa, trabalha-se com realidades distintas, mas em conjunto. Pois as pessoas que trabalham nesse meio iram apresentar alternativas distintas daquelas da via judicial. A mediação tem bases diversas, efetiva e transforma a realidade ora em conflito.

Nesse sentido Warat (2004, p. 194-195) mostra que “com a Educação Participativa procuramos perder a fé nas crenças que nos foram impostas, nas crenças que se confundem com o conhecimento, que em nome da verdade, não se pode ter divergências”.

Aqui as coisas começam a ficar mais delicadas ainda: despir-nos dos pensamentos aderidos, despojar o outro de seu poder de crenças, não significa elaborar uma crítica *exitista*, que falsifique a busca de autonomia. Os intelectuais muitas vezes fantasiam um espírito crítico, que pretendem passar aos seus alunos sem produzir nenhum resultado positivo. Ocorre que, a busca dos caminhos da infidelidade cognitiva esbarra numa rebeldia simulada. A procura crítica da autonomia passa por um *entre-nós* participativo do diálogo como o outro. Um saber escutar o outro. Respeitar a fala do outro quando se exercita a capacidade de rebatê-lo. Quando não se respeita a divergência do outro, a crítica não conduz à autonomia. A crítica no interior de um pensamento fundamentalista cria rebeldes sem escuta, rebeldes cegos, de criatividade atrofiada. A crítica reduzida a uma queixa, a um lamento contínuo, não conduz a parte alguma. Eu deixei de ser culturalmente argentino, passei a sentir-me integrado à cultura brasileira, o dia em que me dei conta de que havia deixado de queixar-me, de pretender passar aos outros uma imagem de inteligente protestando contra todos. Os argentinos têm muito esse costume; passam ao mundo

uma imagem de inteligentes porque exercitam permanentemente a negatividade, se exercitam e se estimulam no pensamento negativo. Pensar negativamente parece sempre mais inteligente. Possivelmente tive muito êxito exercitando um pensamento negativo sobre o direito, suas formas dogmáticas de pensar e as atitudes decisórias das instituições encarregadas de exercer a correção estatal, somando a tudo isto um pensamento negativo sobre o ensino do Direito. Um dia me dei conta de que isso era um recurso inconsciente *exitista*. Nesse dia comecei a ser brasileiro. Procurei uma crítica criativa, apoiada em uma estrutura de pensamento sensível, vinda das entranhas de sabedoria de meu próprio inconsciente. Comecei a sentir-me brasileiro o dia em que consegui superar meu maior delito interior. *Criticar não exercer um pensamento negativo, é pôr em crise um modo de entender o mundo (um paradigma) para tomar decisões que permitam uma mudança, abandonar-se; desprender-se do que já está morto em nós ou na sociedade, ou em nossas relações com os outros.* O pensamento crítico não é pura negatividade quando nos apercebemos de que mantemos nossos pontos de vista, em relacionamento ou em situações, não por estarmos cômodos e sim porque estamos acomodados na insatisfação. (WARAT, 2004, p. 195-196)

Assim, “o ser humano tem a capacidade de contagiar cultura e experiências emocionais através de canais plásticos como a poesia, a pintura, as narrativas, a ação dramática, os jogos e brincadeiras, enfim através de experiências culturais que realizam a mediação como política cultural” (WARAT, 2004, p. 198).

Bela é a expressão de Blanchot: “o valor ‘soberano’ da palavra”. A palavra reina soberana no mundo da *contabilidade jurídica*. É sua expressão e seu veículo. Nela sedimentaram-se a validade e o vigor. A gramática dela é a gramática de um poder que “diz o direito”, ou melhor, “diz a última palavra”. A sua validade está toda em ser a última palavra. Certamente que outras linguagens reivindicarão esta definitividade: o farão a religião, a filosofia, a ética, até a literatura, de maneira mais sóbria, talvez menos preponente e mais cintilante. Cada uma delas produzirá juízes: de resto, na linguagem comum, diz-se “cuspir sentenças” que indicam o vício inveterado de cada um de nós julgar. Não foi por acaso que Benjamin encontrava, na ambiguidade da Gewalt, ao mesmo tempo autoridade e força, e definia a crítica da violência por meio de sua relação com o direito. (RESTA, 2004, p. 95)

Partindo deste pressuposto teórico e fático, o método se utiliza da comunicação não violenta, de Rosenberg (2006), a qual prevê a abordagem do conflito com empatia, baseando-se em quatro elementos: observação, sentimento, necessidade e pedido. Dessa maneira:

[...] linguagem comum, a paranóia é fixação, as pessoas sentem-se perseguidas ou observadas e não conseguem se mover; e nunca há tanta correspondência entre linguagem comum e a linguagem científica como no caso da “fixação” com a qual, não por acaso, se indica o estado do paranóico. (RESTA, 2004, p. 111)

Percebe-se acima que ficar fixados em uma paranoia está em função de um conflito competitivo, em que, “como se sabe, no conflito nos “fixamos” e vivemos em função do outro conflitante. Não há tampouco a distância de segurança que cada estratégia garante, porque antes de cada estratégia existe a necessidade daquele conflito” (RESTA, 2004, p. 111).

Conclui-se, que se deve ir além desse aprender perceptivo conflituosa paranoico, pois é necessário haver uma fuga, um descobrir, e um desvendar que é criticar esse pensamento de base fundamentalista dito e imposto como um conhecimento objetivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O livro *Homo sociologicus* de Ralf Dahrendorf traz as ideias de utopias imobilizantes, e dentro deste contexto tem-se valido da justiça, colocando-a, como a única forma de resolução de conflitos. Assim, quando surge uma competição entre as partes, quando há conflito e interesses são diversos, há a necessidade da intervenção de um terceiro que vai dizer o que deve ser feito e como resolvê-los. Mas a solução não é favorável para ambas as partes de forma satisfatória. Como vivemos em sociedade, os conflitos são muitos, e, portanto, a justiça fica congestionada. Assim os julgadores não dão conta de tudo, e muito menos da sua resolução. Pois bem, quem acha que a justiça vai resolver pode/ está enganado. Dahrendorf propõe a saída do tradicional, sugerindo a mediação, embora ela não tenha por finalidade diminuir números de processos que chegam ao Judiciário.

Na prática, a mediação cria uma nova movimentação na sociedade, pois leva a novas formas e possibilidades de resolver conflitos; é uma mudança de concepção do processo judicial tradicional.

Nessa seara, também Luís Alberto Warat propõe a educação participativa, que permite e traz a ideia de que é possível assumir e se preparar para resolver ou dar respostas adequadas aos problemas para ambas as partes. Na educação participativa trabalha-se com realidades distintas, mas em conjunto. As pessoas que trabalham nesse meio normalmente apresentam alternativas distintas daquelas da via judicial. A mediação tendo bases diversas, efetiva e transforma a realidade ora em conflito. Cabe ressaltar que na mediação há facilitação do diálogo entre as partes, e o mediador não se posiciona e nem sugere.

O que se busca é a possibilidade, caso tenha havido o desrespeito à lei, por parte de algum dos envolvidos, que este retorne aos limites da legalidade, conforme planos de atuação escritos após diálogo entre todos os interessados, possibilitando, assim, uma recuperação e/ou proteção efetiva do bem ambiental. Busca-se uma solução científica e executável, tendo em vista a natureza do dano, a realidade fática do local, tempo e partes envolvidas e os limites do impacto ambiental legalmente estabelecidos.

Todo o método criado tem como base a informação clara e acessível a qualquer cidadão, independentemente de seu grau de instrução. O papel primordial do mediador é, além de conduzir e facilitar o diálogo, empoderar as partes com informações científicas de cunho ambiental, econômico e social. Assim, o trabalho realizado visa, primordialmente, que haja um diálogo entre iguais (em termos de informação técnica).

Portanto, a educação participativa permite e posiciona os envolvidos para refletirem sobre os conflitos da sociedade, pois sabe-se que o número de processos é crescente, e que as soluções são lentas devido à quantidade de processos acumulados no Poder Judiciário. E que muitas vezes a sentença não põe fim à demanda.

Enfim, com todas as observações explanadas acima, tem-se a necessidade, em um contexto conflituoso, especialmente os que envolvem conflitos ambientais, de transcender com a velha prática hegemônica da jurisdição, por meio de mudanças, pois aqui apresentou-se a educação participativa como forma de alternativa ao tradicional

modelo da via judiciária. A resolução de conflitos a partir da prática da mediação contribui para a diminuição dos conflitos no Poder Judiciário, e isso se faz através do diálogo das partes, e assim contribui para o desenvolvimento humano e sustentável da relação entre homem/sociedade e natureza.

REFERÊNCIAS

DAHRENDORF, Ralf. *Homo sociologicus*. Trad. Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 2004.

FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Trad. Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2012.

PORTANOVA, Rogério. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação Não-Violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. *Biossegurança e Biodiversidade: contexto científico e regulamentar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antônio Cezar (Coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CONFLITO, ALTERIDADE E DIREITOS HUMANOS

Sobre a organizadora

CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ

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. Professora dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito 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. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos – conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa, com livros e capítulos de livros publicados nessa temática. Advogada.

A presente obra decorre das pesquisas e debates realizados na disciplina *Limites e Possibilidades da Mediação Comunitária e Popular* do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* de Santo Ângelo.

O referido componente curricular pertence à linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito, cujo escopo é capacitar para trabalhar as transformações políticas e jurídicas a partir de uma releitura da cidadania e das novas formas de solução de conflitos, na perspectiva das garantias individuais e coletivas constitucionalmente asseguradas.

Nesse sentido, a abordagem deste livro centra-se em apresentar uma resposta ecológica ao conflito a partir do resgate da autonomia e do empoderamento do ser humano. Observa-se que a função jurisdicional tradicional desempenhada pelo Estado não atende satisfatoriamente às necessidades das pessoas envolvidas em um conflito, razão pela qual formas complementares são necessárias para reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços socialmente destruídos, propondo o redirecionamento para a comunicação, a amizade, a alteridade e a fraternidade.